

CINQUANT'ANNI DI SCRITTI GIURIDICI



Cesare Salvi

45

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TiE-Press

2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2021 (III ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2022 (IV ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021
34. M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021
35. F. GRASSI, O. HAGI KASSIM (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021
36. B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021
37. V. MANNINO, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022
38. V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza*, 2022
39. E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022
40. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto Amministrativo 2020-2021*, 2022

41. J.M. PERIS RIERA, A. MASSARO, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias. Diritto Penale, Intelligenza Artificiale e Neuroscienze*, 2023
42. A.D. DE SANTIS, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, 2023
43. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, 2023
44. E. RIGO (a cura di), *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, 2023



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Cesare Salvi

CINQUANT'ANNI DI SCRITTI GIURIDICI

a cura di
Giuseppe Grisi

Promotori
Giuseppe Grisi, Francesco Macario,
Maria Rosaria Marella, Andrea Zoppini

45

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2024

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *Roma TrE-Press*

Roma, maggio 2024

ISBN: 979-12-5977-324-1

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanei, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma TrE-Press, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Nota biografica</i>	13
<i>Presentazione di GIUSEPPE GRISI</i>	15

I. TEORIA CRITICA DEL DIRITTO. MARXISMO E DIRITTO

1. Uso alternativo del diritto, il marxismo (e il PCI)	27
2. Globalizzazione e critica del diritto	37
3. Diritto postmoderno o regressione premoderna?	65
4. L'efficienza nella giustizia. Norme astratte e tutela concreta dei diritti	81
5. A proposito di analisi critica del diritto	115
6. Categorie giuridiche e rapporti sociali. Introduzione	121
7. Questione dello Stato e progetto di trasformazione	165
8. I compiti attuali della cultura giuridica marxista. Intervento	187
9. Equità e rapporti di produzione	193

II. STORIA

1. Da Portalis a papa Francesco. Note sulla giustificazione della proprietà nella modernità capitalistica	207
2. Da Tommaso a Locke: il lungo Medioevo della proprietà privata	229
3. La Rerum Novarum 120 anni dopo	249
4. Tommaso Moro giurista	259
5. Corporativismo e diritto civile italiano	265
6. La giusprivatistica fra codice e scienza	277
7. Argomento storico e analisi giuridica della proprietà privata. A proposito delle ricerche di Stefano Rodotà	319
8. La proprietà: dalla storiografia all'analisi giuridica	331

III. IL DIRITTO PRIVATO E L'EUROPA

1. L'Europa, i codici e la proprietà	341
2. Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole	349
3. Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema	367
4. Diritti umani, norme interposte e rendita fondiaria. A proposito di Corte costituzionale 181/2011	389

5. La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?	393
6. Democrazia e Stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa	415
7. Diritto europeo e responsabilità civile	425

IV. IL RUOLO DEI GIUDICI

1. Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice	443
2. Ambiente, giustizia civile e partecipazione	459
3. La cassazione, il diritto all'ambiente e la supplenza dei giudici	475
4. Funzione sociale della proprietà, rendita parassitaria e corte costituzionale	483
5. Abuso del diritto. Diritto civile	491

V. FAMIGLIA

1. La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico	509
2. Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008	523
3. Sui disegni di legge in materia di unioni civili	535
4. Sei libri su famiglia e diritto	549

VI. PROPRIETÀ

1. L'occupazione abusiva di immobile. Qualche teoria di troppo per una soluzione persuasiva	557
2. Teoria e pratica dell'occupazione abusiva	567
3. Neoproprietarismo e teorie giuridiche della proprietà	573
4. Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e costo dei diritti	581
5. Urbanistica contrattata, funzione sociale e "diritti edificatori"	595
6. Beni comuni e proprietà privata (a proposito di "Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni", a cura di Maria Rosaria Marella)	605
7. Modelli di proprietà e principi costituzionali	615
8. Legittimità e "razionalità" dell'art. 844 Codice civile	653
9. Immissioni, ecologia, norme costituzionali	663

VII. RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Quali funzioni per la responsabilità civile?	693
2. A proposito del <i>Projet de réforme de la responsabilité civile</i> . Brevi considerazioni	697
3. Risarcimento ultrariparatorio (Funzioni della responsabilità civile)	701
4. Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale	713
5. Responsabilità civile e Costituzione	729
6. Note in tema di valutazione del danno non patrimoniale da reato	753
7. Il paradosso della responsabilità civile	767

VIII. ALTRE QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE

1. Il contratto ingiusto	817
2. Il lavoro e la giustizia contrattuale	833
3. Codice civile e Costituzione	847
4. <i>Class action</i> USA e azione di classe italiana	857
5. Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento	865
6. La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?	877
7. Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo	895
8. Recensione a <i>Tecniche giuridiche e sviluppo della persona</i> , a cura di N. Lipari	931

Nota biografica

Nato a Lecce nel 1948, Cesare Salvi ha studiato all'Università di Roma (allora ce n'era una sola) e si è laureato nel 1971 con Rosario Nicolò. Il Maestro gli manifestò benevolenza, assegnandogli subito una borsa di studio e, poi, contribuendo, nel 1973, alla sua vittoria in un concorso per assistente ordinario. Nello stesso anno vinse anche il concorso per funzionario del Senato, dove lavorò qualche anno.

Fu nominato professore (stra)ordinario nel 1978; nella Commissione di cinque membri era presente l'altro suo grande Maestro, Stefano Rodotà. Mentre insegnava a tempo pieno a Perugia, partecipava alle attività culturali del PCI; fu redattore-capo di "Democrazia e diritto", diretta dal compianto Luigi Berlinguer, e vice presidente dell'Istituto Gramsci. Dopo un anno sabbatico negli Usa, tra Stanford e Yale, dove era Dean il grande studioso Guido Calabresi, collaborò all'attività professionale di Giuseppe Guarino (che rimase suo mentore e amico).

Quando il segretario del PCI, Alessandro Natta, gli propose di assumere l'incarico di responsabile giustizia del partito, divise il suo tempo tra l'attività di ricerca e insegnamento e quella politica.

Nel 1992 fu eletto senatore del PDS (al quale aveva aderito dopo la scomparsa del PCI). Ha svolto un'intensa attività istituzionale: presidente del gruppo parlamentare, poi ministro del lavoro, vice presidente del Senato, presidente della Commissione giustizia. Non avendo aderito al PD, per qualche anno ha svolto attività politica nel mondo della sinistra extra parlamentare.

Nel frattempo aveva ripreso l'insegnamento a Perugia; fu poi chiamato a svolgere attività didattica all'Università Roma Tre, su proposta dell'amico Savino Mazzamuto e con il sostegno dei colleghi, alcuni dei quali sono tra i promotori del presente volume. Da pensionato, abbandonata da tempo ogni attività politica, prova a continuare a studiare. Ha svolto le conclusioni al Convegno dell'Unione dei Privatisti, a Milano nel novembre 2023, su "Il diritto privato nell'economia digitale" e ha qualche altro lavoro in corso.

Presentazione

di GIUSEPPE GRISI

È il 18 gennaio 2024. Ieri ho incontrato Cesare Salvi per definire gli ultimi dettagli della pubblicazione del volume dei suoi scritti. Desidera che sia io, con una introduzione, a presentarlo ai lettori. La designazione mi onora ed espleto volentieri l'incarico.

La decisione di realizzare l'opera ha origine da un colloquio al bar, nei pressi di Roma Tre, un anno fa o poco più. Ricordo tutto, come fosse ieri. C'era il sole ed eravamo, io e lui, seduti al tavolino, a parlare del più e del meno, come sovente capita, sorseggiando un caffè e assaporando – lui solo – l'aroma di un buon sigaro. Salvi aveva, all'epoca, in affidamento il corso di Diritto civile e anche negli anni precedenti aveva svolto a Roma Tre attività didattica a beneficio di studenti e dottorandi di ricerca: ricordo, particolarmente apprezzato, l'insegnamento di Diritto della globalizzazione. Tra i vari argomenti oggetto della nostra chiacchierata uscì fuori l'idea di raccogliere in uno o più volumi i suoi scritti giuridici “minori”, quelli solitamente – seppure impropriamente – così definiti sol perché non riversati in monografie. Trovammo entrambi giusto approfondire il discorso, ma l'iniziativa ci parve subito seducente, tant'è che cominciammo lì a dar forma al progetto, riflettendo sulle risposte migliori da dare ad alcune domande. Scritti solo giuridici o anche politici? Ricomprendere l'intera produzione scientifica o una selezione? Quale editore contattare? Era importante sciogliere in fretta l'ultimo dubbio. Molte le alternative considerate, ma attratti dalla prospettiva di rendere l'opera immediatamente disponibile on line, gratuitamente e libera da restrizioni, valutati i pro e i contro, la scelta è caduta su RomaTrE-Press: la circolazione senza barriere del sapere scientifico, insomma, poteva rappresentare il valore aggiunto di una pubblicazione che, per i contenuti intrinseci, avrebbe certamente riscosso interesse.

Dell'idea ho subito informato i colleghi Francesco Macario, Maria Rosaria Marella e Andrea Zoppini che, senza indugio, si sono dichiarati lieti di promuovere con me la realizzazione del progetto e pronti a fare i passi necessari per ottenere il sostegno del Dipartimento di Giurisprudenza, che non poteva non essere coinvolto nell'operazione. Sapevamo quanto fosse, da tutti i colleghi, sentita l'esigenza di esprimere riconoscenza ad

uno studioso di chiara fama che, in quiescenza, con passione e generosità straordinari, aveva scelto di continuare ad esercitare il proprio magistero a Roma Tre. Logica e naturale, dunque, il 17 maggio 2023, la delibera unanime del Consiglio di Dipartimento che, interpretando il comune sentire, approvava la pubblicazione per i tipi di RomaTrE-Press e nella collana “L’Unità del diritto” di uno o più volumi recanti «un’ampia selezione degli scritti del Prof. Cesare Salvi, che ne restituiscano fedelmente il profilo di eminente intellettuale e il valore del giurista e del politico impegnato nelle istituzioni e nella società».

Avviata la ricerca degli scritti da raccogliere, constatata la quantità e la mole, si è dovuto con l’A. convenire che avrebbe arrecato pregiudizio all’equilibrio e all’armonia dell’opera far confluire nella selezione i documenti – numerosissimi, eterogenei e di vario taglio – costituenti diretta espressione del suo impegno politico, intenso e durato molti anni. Ricomprenderli avrebbe significato rinuncia alla scelta – che ci è sembrata preferibile – di adunare il tutto in un solo volume. È parso, dunque, opportuno concentrare l’attenzione sugli scritti giuridici, da molti dei quali, tuttavia, pure trapela la cifra politica dell’A., atteso che politica e diritto, nel pensiero e nell’elaborazione di Salvi, non vivono in mondi chiusi e refrattari alla contaminazione.

Sin qui spiegata la gestazione dell’opera che ora vede la luce, vengo ad alcune notazioni di merito sul contenuto.

Il volume è ricco, tocca un gran quantità di temi ed è, per questo, suddiviso in sezioni. Il titolo dato a ciascuna è sommariamente indicativo di ciò che vi si trova. Il lettore non faticerà di certo ad individuare, nella prosa e nella cifra stilistica di ogni scritto, un modello di limpidezza, di linearità e di efficacia: confesso di aver cercato di imitarlo, ma vista l’inutilità dei miei sforzi, mi sono poi convinto, per reagire allo scoramento, che la capacità che ha Salvi di esprimersi e di comunicare, in modo così elegante e diretto, mai ampolloso, è una qualità innata, un dono che la natura ha riservato a lui e a pochi altri. Non è di Salvi l’eloquio aggrovigliato e contorto, che quando non nasconde falsità e doppiezza è spesso conseguenza della poca chiarezza di idee: ci si può dissociare da ciò che pensa e vuole dire, ma mai si corre il rischio di non aver ben compreso il suo pensiero. Volendo esprimere, con una nota di colore, ciò che trapela dagli scritti qui raccolti, direi che Salvi, se per avventura non avesse scoperto il diritto e la politica, avrebbe avuto le carte in regola per affermarsi come scrittore e, col suo livello di cultura ad esaltare il talento artistico, sono certo che dei suoi romanzi avremmo sentito parlare.

Ma è di un giurista e civilista di prim'ordine che stiamo parlando. Allievo di una scuola prestigiosa e uomo di larghe vedute, non ha mai distolto l'attenzione dalla teoria del diritto: un terreno arato con consapevolezza critica e realismo, senza cedere al tecnicismo, come testimoniano gli scritti che è parso giusto sistemare nella prima sezione del volume, dove pure compaiono gli esiti di riflessioni svolte su politica e diritto e marxismo e diritto. Il saggio più lontano nel tempo risale al 1973 e, nel trattare l'equità, si propone di verificare se e in quale misura l'ampliamento dei poteri del giudice, correlato all'impiego di essa quale tecnica di regolazione dei rapporti, possa essere risposta soddisfacente alle istanze nuove poste dalla pluralità dei centri di formazione del diritto. È l'occasione per riflettere sullo stato del rapporto tra giudice e legge, tra legislazione e giurisdizione, che, storicamente determinato, era all'epoca ed è ancor oggi centrale, quale che sia la prospettiva adottata per osservarlo. L'angolatura scelta da Salvi lo sollecita a chiamare in causa la politica del diritto e a fare i conti con i mutamenti intervenuti nel contesto sociale, culturale e politico, in ossequio ad un metodo di indagine che, variamente declinato, sarà con rigore seguito anche negli studi aventi quale *focus* le categorie fondamentali del diritto civile: la *Introduzione* nel volume da lui curato per i tipi di Feltrinelli nel 1978 sul problema del negozio giuridico ne è, forse, la più emblematica testimonianza. Non guarda con favore, Salvi, all'edificazione di un sistema che veda egemone il formante giurisprudenziale e pervasiva e generalizzata la *Drittwirkung* di valori e principi costituzionali: egli, convinto com'è che «principio di legalità, certezza del diritto e separazione dei poteri sono valori democratici» nella storia e nella modernità, non può che stimare inaccettabile l'idea di un ordinamento fatto di norme "singolari", ricavate dalla fattualità (che è sempre singolare), connotato da strutturale instabilità, basato su equilibri variabili e, per ciò stesso, ritagliato a misura degli interessi implicati, necessariamente e vitalmente mutevoli. Questo punto di vista incorpora una visione del diritto e del ruolo del giurista nella società e, ribadito e precisato negli altri saggi di teoria generale del diritto, costituisce, nel contempo, elemento di connessione dei contributi raccolti nella prima sezione e fulcro della quarta sezione, dove campeggiano gli studi dedicati all'abuso del diritto, categoria che Salvi non può non osservare con diffidenza, viepiù giustificata dall'uso disinvolto fattone dalla giurisprudenza.

Mi ha colpito, nella prima sezione, lo scritto – il più recente, non ancora pubblicato – ove l'A. medita, in chiave diacronica, sulla stagione dell'uso alternativo del diritto: trovo, in esso, nitidamente percepibile, la

cifra del Salvi politico, dell'uomo schierato che sa per quale causa valga la pena combattere ed ha chiara consapevolezza del ruolo che, nel conflitto, il diritto può giocare. Altri studiosi autorevoli – come Mario Barcellona e Nicolò Lipari – hanno elaborato, in tempi recenti, saggi motivati dal ripensamento su quella stagione, ma le considerazioni qui articolate mostrano una specifica e pregnante consistenza, un valore aggiunto che, credo, derivi dall'essere frutto della riflessione di un intellettuale "organico" che ha partecipato da protagonista, negli anni '70 del secolo scorso, all'attività di centri di ricerca legati al PCI (il Centro per la Riforma dello Stato, la rivista *Democrazia e diritto*, la sezione giuridica dell'Istituto Gramsci) e che con quella esperienza non ha mai tagliato i ponti, anzi, in un certo qual modo, rinsaldati dal convincimento – maturato all'epoca e ancor oggi radicato – che l'attuazione della Costituzione, che era ed è obiettivo da cogliere, va perseguita, anche dal cultore del diritto privato, facendo buon uso delle acquisizioni di metodo e di contenuto proprie dell'analisi marxista: sono esse a fornire la chiave di accesso alla comprensione di fenomeni della modernità altrimenti indecifrabili nelle loro reali essenza e portata e, quindi, anche gli anticorpi capaci di prevenire e, all'occorrenza, contrastare le degenerazioni del tessuto democratico che non è raro, nel tempo presente, osservare. Questo riverbera dal ragionamento sulla stagione dell'uso alternativo del diritto, ormai consegnata alla storia, ma non infertile se è vero che «l'ancoraggio al marxismo come teoria critica del diritto, anche se non più come fondamento di un progetto complessivo di trasformazione, come si pensava negli anni dell'uso alternativo», è ancora consigliabile quale via per l'affermazione di nuovi pensieri critici a fronte di tematiche – Salvi esplicitamente menziona «il femminismo, l'ambientalismo, le teoriche dei beni comuni, "l'interesse delle nuove generazioni" (che è oggi principio costituzionale, forse ambiguo e comunque ancora da decifrare)» – che, a ben vedere, sollecitano a considerare sotto una nuova luce le categorie giuridiche tradizionali; la storia riserva sviluppi a volte sorprendenti e chissà che, dal ripensamento, non affiorino i presupposti per l'elaborazione di un progetto riformatore evoluto, specchio di un nuovo ordine politico in grado, se non di estirpare, di attenuare le disuguaglianze sociali.

Salvi è abituato a pensare in termini storici e a fare i conti con la storia. Nella sua elaborazione, il materialismo storico di marxiana memoria non è certo emarginato, ma non è la sola stella polare. Basta uno sguardo d'assieme ai saggi raccolti nella seconda sezione intitolata "Storia" a restituire il profilo di uno studioso straordinariamente colto, che ricerca il confronto,

arricchente, con le altrui opinioni, che non crede che siano solo i rapporti di produzione a guidare la dinamica degli eventi, peraltro mai determinati dal caso. Al centro dell'attenzione c'è la proprietà privata e, nel confronto tra culture (marxismo e dottrina sociale della Chiesa) e con taglio che interseca l'antropologia, l'A. giunge, nell'ultima fase della sua elaborazione, ad indagare con pienezza sulla sua giustificazione; tema sviscerato in opere di più ampio respiro edite in anni recenti ("Teologie della proprietà privata", 2017; "L'invenzione della proprietà", 2021).

«Quali sono i principi generali del diritto italiano? Quelli contenuti nella nostra Costituzione, oppure i principi liberisti del diritto europeo?» Con questi interrogativi si apre il libro di Salvi, *Capitalismo e diritto civile*, edito nel 2015 da Il Mulino. Punto di arrivo di un itinerario che dal *Code Napoleon* giunge ai Trattati europei, la conclusione formulata nello stesso volume fonde le risposte nell'auspicio sia frenata la «progressiva invasione della costituzione economica europea nelle costituzioni nazionali, come quella italiana» e avviata «una fase di garanzia della sovranità nazionale, che affermi la prevalenza dei principi costituzionali sociali su regole e decisioni europee che con essi contrastino», unica strada se si vuole «tenere aperta la prospettiva di una riforma dell'Unione», giudicata necessaria per evitarne la dissoluzione. Quegli interrogativi sono direttamente o per via traversa affrontati nei saggi ricompresi nella terza sezione, che entrano pure nel vivo di altri temi contigui. Si discute dei "controlimiti" al primato del diritto eurounitario con l'obiettivo di diradare le nebbie che ne rendono complicata l'individuazione. Codici *versus* decodificazione: è un'altra partita che si gioca nello scenario europeo, dove, tradotto nel mondo dei sogni il codice europeo, «la concorrenza tra gli ordinamenti ha prevalso sull'armonizzazione» e l'innovazione ha trovato sfogo, nei codici, in alcuni Paesi, sul fronte della disciplina dei beni e della proprietà.

Nelle ultime quattro sezioni sono raccolti saggi che, occupandosi di famiglia, proprietà, responsabilità civile, contratto, vedono interessati gli istituti fondamentali del diritto civile. Con quest'ultimo hanno pure a che fare altre questioni – class action, ambiente, salute, danno da occupazione abusiva – pur'esse da Salvi affrontate in saggi di apprezzabile spessore scientifico, elaborati a margine di decisioni giurisprudenziali significative.

La modernità e l'apertura del pensiero di Salvi si stagliano – a tutto tondo – nelle riflessioni dedicate al diritto di famiglia *in fieri*, a partire da quelle che testimoniano il contributo dato all'evoluzione dei disegni di legge in materia di unioni civili. L'approccio è diverso e la caratura del giurista abituato a ricercare il senso vero delle cose prende il sopravvento nelle

pagine, assai dense, che documentano la partecipazione alla discussione sul rapporto tra diritto naturale e diritto positivo ai fini dell'ordinamento giuridico della famiglia.

Il magistero di Salvi in ambito di proprietà e responsabilità civile è unanimemente riconosciuto, sicché vale a conferma di un dato indiscutibile la lettura dei contributi qui raccolti che trattano di questi temi. Potremmo, dunque, glissare ed evitare ulteriori commenti, ma due postille paiono opportune. La prima per richiamare l'attenzione sul saggio dal titolo "Neoproprietarismo e teorie giuridiche della proprietà", volto a verificare se il dato caratterizzante l'evoluzione in atto su questo terreno sia il ritorno in auge di logiche dominicali che si rifanno all'individualismo ottocentesco. La seconda per segnalare "Il paradosso della responsabilità civile", uno studio risalente al 1983, ospitato nel primo fascicolo dell'allora nata Rivista critica del diritto privato, che non esito a definire esemplare: meravigliano il rigore del ragionamento, l'approfondimento e lo spessore analitico e andrebbe assunto a modello da ogni giurista in erba, interessato a comprendere come un saggio scientificamente maturo vada strutturato, il dialogo – stringente e ricco – da Salvi intessuto con la dottrina nostra, d'oltralpe, d'oltreoceano e d'oltrecortina.

Tra i contributi dedicati al contratto, tutti degni di nota, due meritano – a mio avviso – particolare menzione: "Il contratto ingiusto" e "Il lavoro e la giustizia contrattuale". Trattasi di saggi che si compenetrano a vicenda, componendo insieme un unico disegno, da cui trapela un chiaro messaggio. Salvi smaschera l'inutilità della ricerca della «giustizia» nel contratto, non solo perché «nel pensiero occidentale — che ne dibatte da due millenni e mezzo — un'idea condivisa di giustizia non è stata ancora trovata», non tanto in ossequio all'evidenza squadernata da Alfred Fouillée, ma perché «*non può esservi contratto giusto in una società ingiusta*». Si posiziona in questo contesto la parabola del contratto di lavoro che, per stadi progressivi, dalla riconduzione del lavoro salariato al contratto, al lavoro che si fa merce e termine di un rapporto attratto nello schema della locazione, esprime – oserei dire paradigmaticamente – la «transizione dalle forme giuridiche tardo-feudali a quelle capitalistiche». Da raccomandare la lettura delle pagine dedicate all'introduzione, in Costituzione, del diritto del lavoratore a una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa», non scovre da riferimenti all'attualità che, sempre più diffusamente, testimonia, di tale diritto, la mancata realizzazione, innegabile di fronte all'ascesa della povertà con la quale sono ormai costrette a fare i conti anche larghe fasce di soggetti

occupati, percettori di stipendi talora neanche sufficienti a soddisfare le esigenze vitali.

Mi approssimo a concludere. Affiorano due coordinate del sistema di riferimento da Salvi mai abbandonato nell'elaborazione degli scritti raccolti in questo volume: ricerca del dialogo e confronto con le altrui opinioni, libero e scevro da pregiudiziali, da un lato, e sempre vigile spirito critico, dall'altro. Risultano così identificati altrettanti tratti, stabili e saldi, della sua personalità, che *ça va sans dire* si riverberano sul suo modo di operare: che si trovi a farlo da giurista o da uomo politicamente impegnato – militante attivo nella sinistra e servitore delle Istituzioni, nel Senato della Repubblica per ben cinque legislature e negli esecutivi presieduti da D'Alema e Amato – poco cambia, quando, quale che sia la veste, unico è l'intento che lo muove, quello di risvegliare, nella società e nelle Istituzioni, la capacità, che sembrano aver perso, «di esprimere la tensione verso una società più giusta, di svolgere il “compito della Repubblica” di cui parla il secondo comma dell'art. 3». Un compito, che si fa sempre più complicato, oggi, in un'epoca dominata dall'incertezza sulle sorti del mondo e dell'umanità, determinata non solo dalle trasformazioni di portata epocale che accompagnano lo sviluppo, impetuoso e inarrestabile, della tecnica.

Salvi ha sempre denunciato i limiti della “modernità capitalistica”, avvertendone con maggiore preoccupazione la presenza nella fase acuta dell'epidemia di Covid-19: è quanto emerge dal saggio “Globalizzazione e critica del diritto” – pubblicato nel 2020 e racchiuso nel volume di cui qui trattiamo – nel quale l'A., con non comune maestria, descrivendo il declino della globalizzazione, ripercorre le tappe della storia recente, dal secondo dopoguerra ad oggi, ed ha modo di riflettere sull'ascesa dei populismi e dei sovranismi che, in parallelo, in campo giuridico, dà alimento a logiche, nel contratto e nella proprietà, rivelanti «l'intreccio tra ritorno al passato (con il superamento della “parentesi” sociale) ed elementi innovativi (ma coerenti alla logica dell'individualismo liberista)». Lo scenario illuminato non invita all'ottimismo e comprensibile è il rammarico col quale Salvi osserva i giuristi che, peraltro «giustamente, discutono delle conseguenze della pandemia sul diritto civile, e analizzano alla sua luce l'impossibilità dell'inadempimento, la forza maggiore, la sopravvenienza negoziale, la causalità dell'omissione nella responsabilità civile e altro»; il rincrescimento è dovuto al fatto che solo qualcuno di essi «spinge il suo sguardo oltre», dimostra cioè di avere consapevolezza che attardarsi in asettiche riflessioni di stretto diritto non è la strada per comprendere ciò che realmente accade

e provare ad indirizzare, lontano dal baratro, il corso degli eventi. Occorre, a questo fine, valorizzare la cultura critica del diritto, della quale – ne è convinto Salvi – mai «come oggi si avverte l'importanza». L'esortazione è chiara e forte e stimola a reagire allo sconforto: in essa intravedo il monito a ricercare sempre, degli eventi, le cause – perché quasi mai casuale è la loro origine – e a ponderarne il peso nel contesto ove concretamente incidono, passaggi imprescindibili giacché dall'esito della ricerca va fatta dipendere l'individuazione degli strumenti giuridici più adatti a far fronte agli accadimenti e alle loro conseguenze.

Dopo la crisi del 2007 e la pandemia, abbiamo con sconcerto dovuto assistere all'aggressione militare russa all'Ucraina e al succedersi di altre guerre convenzionali, così gravi da indurre il Pontefice a dichiarare pubblicamente che è in corso la terza guerra mondiale. Il conflitto è globale non solo perché i teatri di combattimento sono numerosi e sparsi in aree vaste del nostro pianeta, ma perché lo scontro sembra riguardare, da una parte, l'Occidente e gli USA in prima linea e, dall'altra, un blocco eterogeneo di entità – Stati e gruppi – che, per revanscismo o spirito di rivalsa o desiderio di vendetta, trovano un comune terreno di pensiero e azione nella contrapposizione dura all'Occidente, alla sua cultura e ai suoi valori di riferimento, divenuti – forse sbrigativamente – dominanti con la caduta del muro di Berlino e il disfacimento dell'URSS. Queste coordinate delineano uno scontro di civiltà, ma non tutte le minacce alla pace mondiale trovano in esse coerente inquadramento: eventi luttuosi, quale la strage nella sala concerti di Mosca a fine marzo 2024 rivendicata dall'Isis, rivelano che il quadro è molto più complesso e che far leva su un'unica chiave di lettura non è la strada per comprendere le dinamiche in atto. Si sforzano di interpretarle e di individuarne gli obiettivi gli analisti geopolitici, che in un periodo così travagliato della nostra storia hanno guadagnato insperata fama; senonché, l'impegno non sempre è premiato, ciò che dipende in casi sporadici dalla loro inettitudine e, più di frequente, dalla realtà dei fatti che, a getto continuo, propone eventi inattesi e non prevedibili che mettono a nudo la scarsa affidabilità – quando non la totale fallacia – degli esiti raggiunti dalle loro indagini. Domina, insomma, la sensazione che nulla sia scontato, che le carte vadano continuamente rimescolate e che sia impossibile – oltre che pericoloso – dare per definitivo e chiaro il posizionamento delle forze in campo. Nella confusione, che genera angoscia, una cosa è certa: non si gioca più sul terreno economico la definizione degli equilibri geopolitici nel mondo o, per meglio dire, insieme alla competizione sempre aperta su quel campo o là dove economicamente non si è

in grado di competere, si è riportata in auge la guerra armata, strumento anch'essa di affermazione e di presenza nello scenario dei rapporti di forza. Le spese per armamenti nel mondo sono ai massimi storici e ormai si è compreso che il Medio Oriente è una polveriera, che il *mare nostrum* è al centro della contesa tra le potenze globali e che anche “piccoli” conflitti locali possono influenzare in modo determinante e su larga scala l'evoluzione degli eventi. Il canale di Suez, nel quale transita il 12% del commercio mondiale, è in un contesto contrassegnato da forte instabilità, anche a causa delle azioni dei ribelli Houthi contro le navi commerciali nel Mar Rosso, a tal punto penalizzanti il commercio globale da sollecitare un'immediata reazione armata e l'organizzazione, da parte dell'UE, della missione navale *Aspides*, al cui comando è chiamata l'Italia. Se il controllo di uno stretto da parte di un gruppo armato è da solo in grado di mettere sotto scacco il mondo intero, siamo tutti preda della più totale precarietà, costretti a vivere, quotidianamente, alla mercé di circostanze ingovernabili che potrebbero, d'improvviso, portare al disastro.

La pandemia è per ora alle spalle, ma il mondo è ancora in pericolo e urge salvarlo, non solo dalla capacità distruttiva degli armamenti bellici, ma anche – sempreché sia ancora possibile – dalle conseguenze catastrofiche che il riscaldamento atmosferico globale sta producendo. La comparazione non è facile, ma non definirei la situazione attuale meno grave e preoccupante di quella che, qualche anno addietro, abbiamo tutti disciplinatamente affrontato facendoci coraggio dai balconi delle case dalle quali era vietato uscire. So che anche Salvi osserva con forte apprensione l'evolversi degli eventi, le guerre e quant'altro: sono argomenti toccati, ma non sviscerati, nelle nostre chiacchierate al bar. Se provassi a riferire il suo pensiero al riguardo rischierei di non rappresentarlo fedelmente. Sono pronto, però, a scommettere che non esiterebbe un istante – oggi con maggior convinzione di allora – a rinnovare ai giuristi la sollecitazione a spingere oltre lo sguardo e a far appello alla cultura critica del diritto; me ne danno certezza il suo forte carattere, lo spirito combattivo che ha dimostrato di avere nell'agone politico e nel dibattito scientifico per l'affermazione delle proprie idee, la sua sensibilità verso i problemi del mondo, l'abitudine a non cedere alla rassegnazione soprattutto quando lo scontro si fa duro, la responsabilità che un intellettuale colto e raffinato come lui non può aggirare. Raccoglio anch'io l'esortazione a reagire e ad usare le armi della ragione e dell'intelligenza per risalire la china, ma il timore che questa volta salvare il mondo sia impresa impossibile ha il sopravvento. Non costa nulla tornare a dire che la speranza è l'ultima a morire, ma è

una frase fatta perché – a ben riflettere – credere che un futuro migliore del presente ci attenda è coltivare un’illusione. Lo avvertono le nuove generazioni, costrette ad accettare un’eredità pesante e terrorizzate – come noi tutti – nel constatare che a salvare il mondo non può che essere l’uomo, cioè il primo tra i responsabili della devastazione. Neanche sull’innato istinto di sopravvivenza del genere umano si può far conto: se vivo e vigile avrebbe già dovuto modificare l’andamento delle cose e sarà impotente se si sveglierà d’improvviso quando la situazione sarà irrimediabilmente precipitata. Ma la fine non è dietro l’angolo e, se verosimilmente in questo limbo siamo destinati a rimanere per un po’, darsi da fare per capire che succede e provare a migliorare le cose ha ancora un senso. Ecco, allora, che il magistero e l’esempio di persone come Salvi acquista un grande valore: trasfusi negli scritti qui raccolti, spronano a risvegliare le coscienze e a mettere le funzioni cerebrali superiori di cui donne e uomini sono dotati al servizio di giuste cause.

I. TEORIA CRITICA DEL DIRITTO.
MARXISMO E DIRITTO

*Uso alternativo del diritto, il marxismo (e il PCI)**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cerroni, il marxismo e il diritto – 3. Le ragioni di Vyšinskij: il “potere” – 4. Il PCI e i giuristi intellettuali organici – 5. Il diritto diseguale – 6. La sconfitta – 7. Marxismo e teoria critica del diritto, oggi – 8. Per una critica delle ideologie: la solidarietà – 9. La dottrina giuridica come scienza sociale integrata.

1. Introduzione

Rileggendo i due volumi degli atti del convegno di Catania sull'uso alternativo del diritto emerge un elemento comune, che ne segna la maggiore differenza con i dibattiti odierni tra i giuristi, e che potremmo definire, per semplicità, la “critica dell'esistente”. Sono sottoposti a critica le categorie giuridiche tradizionali, il rapporto tra legislazione e giurisdizione, la didattica (va segnalato che contemporaneamente Lipari pubblicava l'opera collettiva “Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento”, Roma-Bari, 1974, segnata dalla critica della manualistica tradizionale). Il punto comune di riferimento è la Costituzione, e l'attuazione costituzionale ancora incompiuta.

Difficile non vedere il rapporto tra tale “stato d'animo”, per così dire, dei giuristi presenti a Catania, e i mutamenti che avevano segnato l'Italia negli anni precedenti: il movimento studentesco, le lotte operaie, l'avvio di una legislazione riformatrice, la stessa evoluzione degli orientamenti culturali prima ancora che politici del “senso comune” degli italiani e dello stesso ceto dirigente (ricordo, rispettivamente, il risultato del referendum sul divorzio, e il rovesciamento nel 1969, da parte della Corte costituzionale, della sua sentenza di sette anni prima sull'adulterio).

Tra le tante riflessioni che possono svolgersi sul convegno di Catania, mi limiterò a due temi: l'inedita influenza del marxismo sulla riflessione giuridica, e il ruolo del PCI. Parlerò poi della sconfitta che i nuovi orientamenti subirono nella successiva storia italiana, e svolgerò qualche considerazione sui temi odierni.

* Relazione nel seminario su “L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo”, Sapienza Università di Roma, 16 febbraio 2023.

2. Cerroni, il marxismo e il diritto

La nuova riflessione sul rapporto fra marxismo e diritto, dal punto di vista teorico, ebbe un indubbio, anche se non solitario, protagonista: Umberto Cerroni. Abbandonando la vulgata tradizionale sul rapporto struttura-sovrastuttura, Cerroni indicò l'esigenza del ricorso al marxismo, oltre la teoria generale, all'interno dello specialismo giuridico.

Particolarmente importante fu l'esame del pensiero giuridico sovietico¹, che aveva avuto in H. Kelsen l'unico significativo e illustre precedente². Questo esame gli consente di rendere esplicite, alla luce della concreta esperienza storica dell'URSS, le sue tesi (già formulate nei libri su Kant e Marx) sulla corrispondenza tra forme giuridiche e rapporti capitalistici di produzione e di scambio e sulla storicità del diritto "moderno", la quale implica il rifiuto di una teoria "generale", e quindi generica, sia del diritto sia delle fondamentali categorie del diritto privato.

L'analisi marxista del diritto così avviata costituì un importante rinnovamento culturale. Tuttavia aveva, a me pare, una lacuna: il tema del potere di produrre norme dotate di un ruolo effettivo di conformazione dei rapporti economici e sociali. Cerroni aveva individuato il problema. Affermò – contro l'opinione di Pašukanis, come dice esplicitamente – che la critica del diritto privato si deve "chiudere" con la critica del diritto pubblico; l'analisi delle norme che conformano le categorie privatistiche conduce infatti "nel tempio stesso del potere politico"³.

Il problema, come si sa, era già in Marx. Se è vero che Marx ha attribuito allo Stato una funzione provvisoria, legata alla divisione della società in classi contrapposte, è anche vero che ha teorizzato una fase di transizione, che precede l'estinzione dello Stato e del diritto, nella quale lo Stato c'è ancora, nella forma della "dittatura del proletariato". Ma in proposito Marx si rifiuta di prescrivere ricette per "l'osteria dell'avvenire".

Quale forma deve assumere lo Stato della transizione?

Per il primo Lenin, come per il primo Gramsci e per Rosa Luxemburg, lo Stato della transizione non può essere una dittatura autoritaria, ma nemmeno la democrazia rappresentativa, bensì una democrazia consiliare (i soviet).

¹ U. CERRONI (a cura di), *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964; ID., *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969.

² H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1956.

³ U. CERRONI, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *Democrazia e diritto*, 1974, p. 482.

Cerroni riconosce, come si è visto, l'esistenza di un problema, ma non prosegue su questa strada. Pesò, forse, la scelta politica di Togliatti (si è parlato di "doppiezza") di mantenere la prospettiva comunista indicando però, come unica via perseguibile, la democrazia rappresentativa. Questa indicazione comportava un riduzionismo politico, che diventò anche concettuale, circa il tema del potere statale. Proverò ora a motivare questa osservazione.

3. *Le ragioni di Vyšinskij: il "potere"*

Ho parlato del rilievo che ebbe in Cerroni, ma anche in molti dei giuristi marxisti che parteciparono al dibattito sull'uso alternativo, il pensiero giuridico sovietico degli anni '20 e '30. Nell'alternativa tra Pašukanis e Vyšinskij, la scelta fu nettamente per il primo, teorico della transizione come fase nella quale si avvia il processo di estinzione del diritto e dello Stato.

La critica a Vyšinskij – personaggio spregevole, ma non è questo il punto – non riuscì però a tradursi in una idea persuasiva del rapporto tra diritto e potere.

Per Vyšinskij "il diritto è l'insieme delle regole di condotta esprime la volontà della classe dominante...la cui applicazione è garantita dalla forza coercitiva dello Stato", al fine di proteggere gli interessi di tale classe⁴.

Norberto Bobbio aveva visto in questa definizione del diritto una declinazione del normativismo di Kelsen⁵. In effetti è così⁶. Ma c'è un nocciolo duro del kelsenismo che mi sembra superare alcune delle critiche rivolte alla sua dottrina, e che contiene due aspetti: il ruolo centrale del potere di creare un diritto dotato di effettività, e la connessione di tale potere con gli interessi delle classi dominanti.

E' un punto di vista tutt'altro che isolato, nella dottrina del diritto ma anche in riflessioni di altro segno. Il formalismo giuridico è incomprensibile, e si presta a facili critiche, se lo si considera svincolato dal suo presupposto, la Grundnorm, l'attribuzione fattuale del potere di

⁴ A.J. VYŠINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, in CERRONI, *Teorie sovietiche del diritto*, cit., p. 287.

⁵ N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, pp. 100 ss.

⁶ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit., pp. 187 ss., ritiene peraltro Vyšinskij "rappresentante di una dottrina giusnaturalistica".

creare diritto, per il quale in un brano famoso Kelsen usò la metafora dello “sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere”⁷.

E al polo opposto del pensiero giuridico, Holmes, il fondatore del pragmatismo giuridico statunitense, aveva scritto qualcosa di simile a quanto teorizzato da Vyšinskij, quando indicava le ragioni dell’evoluzione della common law⁸, legate all’ideologia dei ceti dominanti.

Concetti non molto diversi da quelli di Marx quando parla dei metodi per l’affermazione del capitalismo, diversi nei diversi paesi, ma che “si sono serviti tutti del potere dello Stato, violenza concentrata e organizzata della società”⁹.

Del resto, come dicevo, è un pensiero diffuso tra gli osservatori attenti della società. Risalendo nel tempo, mi sia consentita una citazione dall’Adelchi di Manzoni (“una feroce forza il mondo possiede, e fa nomarsi diritto”), e, andando ancora più indietro, un’altra di Pascal (Pensieri, 298): “Non potendo ottenere che ciò che è giusto sia forte, si è fatto sì che ciò che è forte sia giusto”.

Ma forse più interessante di tutte è una citazione di Adam Smith. Nelle *Lectures on Jurisprudence* osserva che nel contratto di lavoro il conflitto tra lavoratore e datore (*master*), vista l’ineguaglianza del loro potere, si risolve a favore del secondo. Cambiamenti nel diritto potrebbero modificare questa situazione, ma sono improbabili perché i “counsellors” del governo “are always the masters”¹⁰.

Vi è stato un periodo storico, che si veniva concludendo (ma allora non lo si sapeva) negli anni del Convegno sull’uso alternativo, nel quale il cambiamento del diritto del lavoro era stato possibile: è la stagione del diritto diseguale, della quale parlerò nel §5.

La trasformazione del contratto di lavoro, allora avviata, richiedeva probabilmente, per essere permanente, una nuova configurazione del potere statale, non l’avvio della sua estinzione. Pašukanis aveva teorizzato una società senza diritto e senza Stato; una utopia che lo condusse a una tragica morte.

⁷ La frase di Kelsen è in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, III, Berlin-Leipzig, 1927, p. 55.

⁸ O.W. HOLMES, JR., *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1.

⁹ K. MARX, *Il Capitale. Libro primo*, Torino, 1975, p. 923.

¹⁰ Cfr. D.R. STABILE, *Adam Smith and the Natural Wage*, in *Review of Social Economy*, 55 (1997), pp. 292 ss.

4. *Il Pci e i giuristi intellettuali organici*

La maggiore forza politica della sinistra, il Pci, attivò negli anni '70 un sistema di centri di ricerca (il Centro per la Riforma dello Stato, la rivista *Democrazia e diritto*, la sezione giuridica dell'Istituto Gramsci) nel quale per la prima volta – rispetto alla tradizione togliattiana che privilegiava letterati e storici – si venne organizzando una rete di “intellettuali organici” del mondo del diritto, nella quale ebbero un ruolo centrale i giusprivatisti.

E' lecito domandarsi se si trattò di un'attenzione vera ai temi che un PCI dentro o vicino all'area del governo avrebbe dovuto affrontare, ovvero della scelta di allargare a un mondo nuovo (fino ad allora l'unico giusprivatista dichiaratamente comunista era stato Ugo Natoli) la tradizionale politica dell'egemonia. Probabilmente pesarono entrambi gli elementi.

In ogni caso la scelta era coerente con l'idea di estendere agli assetti sociali l'obiettivo tradizionale della attuazione costituzionale, che fino ad allora si era concentrata nella richiesta di introdurre gli istituti previsti dalla Costituzione (risultato che era stato ormai raggiunto, oggi forse possiamo dire purtroppo, con l'istituzione delle Regioni).

5. *Il diritto diseguale*

L'idea centrale introdotta dai giuristi comunisti fu il “diritto diseguale”. Ricordo in particolare G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi*, e l'introduzione di A. SCHIAVONE, *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*, nel libro che raccoglie un dibattito dell'ottobre del 1973 tra oltre cinquanta collaboratori di “Democrazia e diritto” chiamati a discutere della nuova serie della rivista, la cui direzione fu affidata dal Pci a Luigi Berlinguer. Entrambi i libri furono editi nella gloriosa collana “Dissensi” di De Donato editore¹¹.

La sostanza dell'idea si può sintetizzare così: se la critica marxista delle categorie giuridiche mostra che il principio di eguaglianza formale avvalorava la forma capitalistica, l'introduzione di meccanismi di diritto diseguale sarebbe stata di converso la via per introdurre nel diritto e nella società gli “elementi di socialismo” di cui allora si parlava.

¹¹ G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi*, Bari, 1972; *Democrazia e diritto. I compiti attuali della cultura giuridica marxista*, a cura di F. Lorenzoni e A. Schiavone, Bari, 1975.

Si teorizzava, in breve, che il diritto eguale borghese è un diritto sostanzialmente diseguale, e quindi introdurre forme di diritto diseguale sarebbe stata la via per riproporre la “sostanza” del principio di eguaglianza. Il secondo comma dell’art. 3 era anch’esso una norma costituzionale da “attuare”.

Del resto, la legislazione attuativa della Costituzione avviata in quegli anni appariva coerente con questa teoria. Tale legislazione usava infatti spesso la tecnica della determinazione del contenuto contrattuale, sostitutivo di quello diverso “voluto” dalle parti; e ciò sulla base del rapporto giuridico sul bene: il lavoratore rispetto al proprietario dei mezzi di produzione nel contratto di lavoro, e così il contadino nei contratti agrari, l’inquilino nei contratti di locazione a uso abitativo. Era, si diceva, la “funzionalizzazione” del diritto di proprietà, come richiesto dagli artt. 41 e 42 della Costituzione, che implicava una profonda revisione della concezione della proprietà proposta dalla “scienza giuridica ufficiale”, per usare le parole di Rodotà¹².

L’idea del diritto diseguale implicava quindi il riesame critico delle categorie giuridiche tradizionali. Si arrivò a prendere di mira la figura del negozio giuridico, in un convegno dell’Istituto Gramsci. Vi parteciparono giusprivatisti, appartenenti a diverse generazioni, la maggior parte allora iscritti, altri vicini (o non lontani) al PCI: Barcellona, Di Maio, Galgano, Inzitari, Mazzoni, Natoli, Rescigno, Roppo, Ruffolo.

Rileggendo gli atti del convegno¹³, emerge non una condivisione generale delle tesi “marxiste” (che avevo provato a svolgere nell’introduzione, con un’audacia giustificata dall’incoscienza della giovinezza), ma piuttosto l’adesione all’idea che le categorie giuridiche richiedessero una riflessione critica rispetto alle concezioni tradizionali, e che non solo non fosse sconveniente, ma anzi utile, discuterne in una sede, e con organizzatori, del PCI.

Quegli anni sembrarono a molti, a sinistra, l’inizio di una fase nuova e positiva, e non solo per la cultura giuridica¹⁴. Erano invece gli anni d’inizio della sconfitta che avrebbe segnato i decenni successivi.

¹² S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà*, ora in *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, p. 127 ss.

¹³ C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978.

¹⁴ Parallelamente, giuristi di orientamento socialista avevano dato vita nel 1970 alla rivista “Politica del diritto”; nell’editoriale del n. 1 si rivendica la volontà di operare “coraggiose scelte politiche”, capaci di restituire agli strumenti tecnici del diritto “la funzione di attuare i valori che soli possono condurre a trasformazioni profonde della società”.

6. *La sconfitta*

La sconfitta della sinistra, e con essa dell'idea dell'uso alternativo del diritto, derivò da fattori strutturali di ordine globale. Certo pesò la scelta politica del PCI (che nel 1976 aveva avuto un terzo dei voti) di perseguire la politica del compromesso storico, che diventò nei fatti un sostegno esterno a governi presieduti da Andreotti. Governi che adottarono politiche economiche e sociali moderate, alle quali collaborò la "svolta dell'Eur" della CGIL, primo atto di una cedevolezza sindacale culminata nel patto con Ciampi, che ha contribuito non poco all'arretramento delle condizioni politiche e sociali del lavoro dipendente.

Né si tenne conto dei fattori internazionali che rendevano impraticabile la partecipazione di un partito comunista al governo dell'Italia. Eppure l'ostilità dell'Occidente era clamorosamente esplicita. Subito dopo le elezioni del 1976, fu resa nota da Helmut Schmidt, cancelliere socialdemocratico tedesco, in una dichiarazione pubblica durante il G7 di Portorico, nel luglio di quell'anno, dopo una riunione a sei, dalla quale era stato escluso Aldo Moro, allora ancora Presidente del consiglio.

Come ho accennato, furono tuttavia mutamenti strutturali su scala globale che resero la sconfitta netta, duratura e irrimediabile. Il neoliberalismo, reso maggioritario tra i cittadini dalla stagflazione di quegli anni, portò all'elezione di Margareth Thatcher e Ronald Reagan, e fu poi recepito da Clinton e dai suoi soci europei, compresi gli epigoni del post PCI.

Libertà di circolazione dei capitali, prevalenza del capitalismo finanziario e tecnologico rispetto al capitalismo industriale fordista hanno segnato, come sappiamo, l'età della globalizzazione. Parallelamente, il "potere" (nel senso usato nel §4) si è trasferito dalle democrazie nazionali a organismi sovranazionali, che hanno assecondato quei processi (i "consiglieri" dei – nuovi – "padroni", di cui aveva parlato Adam Smith). Tra questi i soggetti decisionali dell'UE: la BCE, la Corte di giustizia, la Direzione generale della concorrenza (non certo quello che è una caricatura di Parlamento, privo dell'iniziativa legislativa e di poteri fiscali e di bilancio). E il "potere" si è trasferito anche ai "mercati", come si dice; una occulta soggettività che condiziona il decisore politico.

La politica fiscale e di bilancio (e quindi le politiche sociali) sono delegate alle istituzioni dell'Unione europea; la politica estera e di difesa alla Nato. Cambiano i governi e le maggioranze, ma sulle questioni essenziali cambia molto poco.

La democrazia politica rappresentativa sembra così svuotata di capacità decisionale e quindi di forza attrattiva (come dimostra il sempre crescente

astensionismo elettorale).

L'ultimo Berlinguer tentò di resistere. Dopo la fine del compromesso storico, egli non pose solo il tema della questione morale (per la quale è giustamente tornato di attualità).

Nel 1981, Berlinguer dice cose che (forse) hanno riacquisito oggi attualità. Critica il modello sovietico, ma anche "l'illusione che il superamento del capitalismo e il passaggio al socialismo possano compiersi come un processo di naturale o meccanica metamorfosi dell'uno nell'altro". E aggiunge che "noi comunisti non rinunciamo a lavorare e combattere per una radicale trasformazione degli attuali rapporti tra le classi e gli uomini, nella direzione indicata da un'antica e sempre vera espressione di Marx: costruire una società di liberi ed eguali"¹⁵.

7. *Marxismo e teoria critica del diritto, oggi*

Secondo Mario Barcellona, lo "spirito" del convegno sull'uso alternativo del diritto "sembra avere ancora qualche buona ragione da spendere"¹⁶. Mi pare che tra le buone ragioni è l'ancoraggio al marxismo come teoria critica del diritto, anche se non più come fondamento di un progetto complessivo di trasformazione, come si pensava negli anni dell'uso alternativo. Provo a trarre, per cenni, alcune indicazioni da questa osservazione. Anzitutto, la storicità del diritto moderno, non solo nelle sue origini, ma anche nelle successive trasformazioni, che ne ripropongono, in modo più o meno deformato, le categorie fondative. Inoltre, l'individuazione dell'effettivo "potere" che oggi governa il mondo.

In terzo luogo, la critica delle ideologie. Com'è noto, per Marx l'ideologia esprime l'insieme delle credenze religiose, filosofiche, etiche, politiche (si può aggiungere: giuridiche) che in una determinata fase storica sono proprie di una particolare classe sociale, che pretende di esprimere un punto di vista generale; sono quindi una "falsa coscienza".

Esaminare il susseguirsi delle ideologie dominanti nel diritto della modernità capitalistica è compito affascinante ma complesso. E non è questa la sede (qualcosa ne ho scritto altrove).

¹⁵ E. BERLINGUER, *Prospettive di trasformazione e specificità comuniste*, in *Critica marxista*, 1981, n. 2, pp. 5 ss.

¹⁶ Alludo all'intervento dal titolo *I giudici, la legge e la politica* in occasione dell'incontro odierno su "L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo".

8. *Per una critica delle ideologie: la solidarietà*

Mi limito quindi a un esempio: la parola “solidarietà”, e il cambiamento ideologico del suo valore giuridico. Oggi ha sostituito, come punto di riferimento dell’attivismo giudiziario, il principio dell’eguaglianza sostanziale e dell’utilità sociale, limite dell’iniziativa economica. Nella fase dell’attuazione costituzionale, invece, i “doveri di solidarietà politica, economica e sociale”, di cui all’art. 2, venivano letti in stretta connessione con quei principi¹⁷.

La solidarietà è diventata oggi una sorta di clausola generale civilistica, abbinata alla buona fede o considerata fondamento di un preteso divieto dell’abuso del diritto. Importanti giusprivatisti hanno segnalato la fallacia del nesso buona fede-solidarietà, la “sbandierata ambiguità” della nozione, la sua incapacità di dare concrete indicazioni operative: “resta la declamazione di buoni sentimenti”¹⁸.

In effetti, l’uso della solidarietà come clausola generale non ha molto a che vedere con il principio costituzionale dell’art. 2, che evoca finalità di giustizia o riequilibrio sociale, non il giudizio su un rapporto privato bilaterale. Come oggi utilizzato, richiama piuttosto l’equità del rapporto nel “caso concreto” oggetto del giudizio.

Parte della dottrina valorizza e talvolta teorizza l’attivismo giudiziale, il “diritto vivente”, più o meno contrapposto al diritto “positivo”. Una sorta di neogiusnaturalismo, che del resto riaffiora periodicamente nella storia del diritto moderno, nei momenti di crisi della politica e, quindi, delle istituzioni rappresentative.

Come per tutte le ideologie, c’è una ragione nei riferimenti al “diritto vivente” o alla “coscienza sociale” come fonte delle decisioni giudiziarie. E la ragione mi sembra risiedere in ciò, che le istituzioni della democrazia politica sono sempre meno in grado di esprimere la tensione verso una società più giusta, di svolgere il “compito della Repubblica” di cui parla il secondo comma dell’art. 3. E quindi, si affidi almeno al giudice il compito di realizzare quel tanto di “giustizia” che l’attività giurisdizionale è in grado di assicurare nel decidere su un caso concreto e specifico.

¹⁷ Penso, in particolare ma non solo, a P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

¹⁸ Rispettivamente, L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, pp. 45 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e “l’attesa della povera gente”, oggi*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2013, p. 413; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*³, Milano, 2021, p. 34.

La banalizzazione della solidarietà è anche, su un altro versante, nei testi del diritto europeo. La Carta dei diritti vi dedica il Titolo IV, ma è sufficiente leggere le norme, confrontandole con le corrispondenti norme costituzionali, per cogliere l'arretramento e la debolezza. Una debolezza che emerge, del resto, nel "Pilastro europeo dei diritti sociali", che dovrebbe dare attuazione alla "solidarietà" europea. Anzitutto è stato adottato con strumenti non vincolanti (la raccomandazione 761/2017 e l'"atto di proclamazione inter-istituzionale" del novembre dello stesso anno). L'unico esito è stata la direttiva 2041/2022 sul salario minimo, che peraltro brilla per il suo carattere meramente indicativo, che lascia ogni decisione agli Stati.

All'inconsistenza degli strumenti adottati corrisponde la modestia dei contenuti del "Pilastro sociale": un'*animula vagula blandula*, è stato scritto¹⁹.

9. *La dottrina giuridica come scienza sociale integrata*

Chiusa la parentesi sulla solidarietà, torniamo al marxismo, e alla sua attualità, come teoria che introduce nello studio del diritto un "punto di vista": nella critica delle ideologie giuridiche dominanti, ma non solo.

Naturalmente, c'è oggi molto da aggiungere al materiale di riflessione che era disponibile a Catania. Mezzo secolo non è trascorso invano. Nuove tematiche, nuovi pensieri critici: il femminismo, l'ambientalismo, le teoriche dei beni comuni, "l'interesse delle nuove generazioni" (che è oggi principio costituzionale, forse ambiguo e comunque ancora da decifrare).

L'indicazione metodologica che ne deriva non è tuttavia molto diversa da quella che suggeriva, negli anni dell'uso alternativo, Umberto Cerroni²⁰. La teoria critica marxista chiede di rinunciare non allo specialismo, ma a una dottrina giuridica separata dalle altre scienze sociali, dalla storia, dalla considerazione dei rapporti di produzione e di scambio. E quindi uno specialismo che si costruisce come scienza, se e in quanto "integrata" in una scienza sociale complessiva.

¹⁹ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, Napoli, 2022, p. 252.

²⁰ CERRONI, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, cit., p. 481.

*Globalizzazione e critica del diritto**

SOMMARIO: I. *La fenomenologia*: 1. La globalizzazione iperliberista – 2. La crisi di legittimazione della globalizzazione – 3. Globalizzazione, capitalismo, diritto: inquadramento storico – 4. Il contromovimento odierno – 4.1. Il sovranismo nativista – 4.2. La fine del neoliberismo e la rinascita della storia – II. *Globalizzazione e diritto*: 5. La globalizzazione come progetto giuridico. Il problema della sovranità – 5.1. La globalizzazione come “fatto” e “programma” – 5.2. La liberalizzazione delle attività finanziarie. – 5.3. La sovranità dello Stato nazionale – 6. Globalizzazione e diritto civile: continuità, o un diritto nuovo? – 6.1. Diritto soggettivo, spa, antitrust – 6.2. La “giustizia” contrattuale: parte debole e buona fede – 7. La proprietà – 7.1. Il neoproprietarismo: proprietà, libertà, beni comuni – 7.2. La garanzia del patrimonio – 7.3. Le nuove proprietà – 8. Diritto nazionale e diritto UE: il problema del “primato” – 8.1. Alle origini del primato: l’Europa dei giudici – 8.2. I limiti del primato – 8.3. La garanzia dei diritti: Corte costituzionale o Corte di giustizia? – 9. Postscriptum: la pandemia.

I. LA FENOMENOLOGIA

1. *La globalizzazione iperliberista*

Parlando del rapporto tra globalizzazione e diritto, la prima domanda che viene in mente è: quali cambiamenti la globalizzazione ha apportato al diritto (e, per quanto ci riguarda, in particolare al diritto civile)?

C’è però anche un’altra domanda, che riguarda il ruolo del diritto nel disegnare i caratteri che la globalizzazione ha assunto: si tratta di quei caratteri (di solito definiti con i termini di neoliberismo e di finanziarizzazione dell’economia), che oggi suscitano crescenti critiche, e, come vedremo, reazioni di segno diverso.

Per rispondere a queste domande occorrono alcune sommarie definizioni delle parole che ho usato.

Cominciamo da globalizzazione. Il termine è adoperato, a partire dagli anni ’90, per indicare l’insieme di fenomeni che hanno determinato la progressiva integrazione, economica, culturale e giuridico-politica, tra le diverse aree del pianeta, superando la dimensione e la logica dello Stato nazionale.

Per quanto concerne il neoliberismo (Piketty parla di “iperliberismo”¹), si può dire che è al tempo stesso un periodo storico, iniziato circa

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2020, pp. 19-44.

¹ T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, 2019.

50 anni fa, una fase del capitalismo, una ideologia e un insieme di processi istituzionali e politici². L'idea che unisce questi diversi aspetti è la centralità della libertà economica e proprietaria ("neoproprietarismo"³, secondo Piketty); in particolare, la libertà di circolazione, a livello globale, dei capitali e delle merci (non delle persone), e la garanzia dei patrimoni privati.

Quando infine si parla di finanziarizzazione, si fa riferimento al processo per il quale la finanza ha progressivamente subordinato la sua funzione (positiva) di supporto alle attività produttive, al perseguimento di una diversa funzione: la creazione di ricchezza virtuale, attraverso transazioni caratterizzate da mero intento speculativo e da alta frequenza. In tal modo la finanziarizzazione ha attirato a sé enormi quantità di capitali, che sono sottratti così all'economia "reale", produttiva di beni e servizi.

Quali le cause di questa tendenza, che qui possiamo riassumere impiegando l'espressione "globalizzazione neoliberista"?

Procedendo con uno schematismo che mi si vorrà perdonare, se ne possono individuare due.

La prima è strutturale, derivante dallo sviluppo tecnico. L'aspetto più rilevante è l'abolizione delle distanze fisiche nella circolazione delle comunicazioni e nel trasferimento della ricchezza finanziaria, ormai smaterializzata.

Come tutti i fenomeni della globalizzazione, la rete presenta una doppia faccia: da un canto prospetta l'enorme accrescimento delle possibilità per ciascuno di informarsi e di comunicare; dall'altro propizia il dominio delle grandi imprese del web, che, attraverso gli algoritmi (segreti, perché protetti come proprietà intellettuale) possono, come si sa, controllare e gestire le informazioni, e utilizzare a fini privati il potere che ne deriva.

I big data, è stato detto⁴, stanno espropriando i dati personali dei cittadini.

Alla rivoluzione tecnologica – fenomeno strutturale e irreversibile – si è accompagnata la rivoluzione alimentata dalla libertà di circolazione dei capitali e delle merci, assunta come principio e modello (culturale e normativo) dei processi economici e sociali.

Questa è stata una scelta politica (e come tale reversibile: parlerò dell'odierna tendenza in questo senso), attuata con gli strumenti del diritto.

Il processo politico-istituzionale di liberalizzazione su scala globale culmina all'inizio del nuovo millennio, quando l'amministrazione Clinton

² S. BIASCO, *Regole, Stato, uguaglianza*, Roma, 2016.

³ PIKETTY, *Capital et idéologie*, cit.

⁴ SH. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, tr. it., Roma, 2019.

decise di ammettere la Cina nel WTO e di deregolamentare la disciplina dei derivati finanziari con il Commodity Futures Modernization Act (in Italia si è provveduto con il coevo testo unico sull'intermediazione finanziaria). I derivati sono, com'è noto, il più usato (e in alcune tipologie il più pericoloso) strumento di speculazione finanziaria, come ha mostrato la crisi del 2007-2008.

Storicamente, il neoliberalismo si era affermato già a partire dagli anni '70. Quando fu realizzato, quello del Presidente Reagan e della Premier Thatcher era ancora un neoliberalismo a base nazionale; la caduta del muro di Berlino e la spinta tecnologica digitale attuata repentinamente negli anni Novanta hanno creato le condizioni perché quel neoliberalismo fosse progressivamente rilanciato a livello globale.

Per entrambe le cause (la rivoluzione tecnologica e la scelta politico-normativa del liberismo estremo) oggi siamo in presenza di due grandi forze (tra loro connesse) che si sono deterritorializzate: il mercato finanziario e lo spazio "virtuale" della rete.

Il gioco non è a somma zero. La combinazione "finanza globale + internet" ha sottratto spazio vitale allo Stato nazionale e alla democrazia sociale del costituzionalismo novecentesco.

D'altra parte, la rivoluzione tecnologica prosegue a ritmo serrato. Internet si estende alla sfera fisica; e si parla di intelligenza artificiale e di società postumana. Tema che presenta, per il giurista, una sfida non inferiore a quella rappresentata dalla globalizzazione informatica. Soprattutto per la crescita esponenziale e la progressiva integrazione tra le tecnologie legate alla scienza della vita e quella digitale. Anche qui, grandi potenzialità e grandi rischi.

Un solo esempio: Elon Musk ha fondato un'impresa che sperimenta impianti neuronici destinati ad aumentare l'intelligenza. E non è il solo. Ma chi deciderà chi ha diritto ad aumentare la propria intelligenza? E che ne sarà degli altri?

2. La crisi di legittimazione della globalizzazione

A lungo – per lo meno fino alla crisi del 2007-8 – il giudizio prevalente sulla globalizzazione è stato positivo. Le forze politiche dell'Occidente, di destra e di sinistra, la hanno condivisa e ne hanno creato, come vedremo, gli strumenti giuridici. Il movimento no-global, a cavallo del nuovo millennio, aveva individuato i problemi sociali aperti dalla globalizzazione

liberista. La sinistra mainstream non dialogò, anzi si scontrò con questo movimento (Seattle, Genova).

Il giudizio positivo è stato variamente motivato. Si è detto che la globalizzazione ha determinato un aumento della ricchezza complessiva. Secondo alcuni, questa ricchezza era destinata a diffondersi: sarebbe “gocciolata verso il basso”, secondo la teorizzazione della trickle down economics. Comunque, la globalizzazione ha consentito una rapida crescita economica di paesi un tempo definiti “sottosviluppati” (la Cina e l’India sono i più grandi fra questi).

In ogni caso, si è pure detto, il libero mercato è più efficiente e razionale dell’intervento pubblico nell’economia. Si è sottolineato poi che problemi globali richiedono governances globali, e comunque sovranazionali (come la UE), e che il deficit di democrazia che ne può derivare va accettato perché il processo è nell’insieme positivo, e comunque inevitabile.

Si è parlato anche dei vantaggi della comunicazione globale, che consente, se non di unificare, di avvicinare modi di vivere e di pensare (qualcuno ha fatto l’esempio dei mondiali di calcio, o dell’inglese come lingua globale). Si sarebbero così evitati o ridimensionati i rischi dello “scontro di civiltà”⁵. Anzi, con la diffusione della ricchezza su scala planetaria, la globalizzazione avrebbe universalizzato la protezione dei diritti umani e la democrazia politica. Anche la crescita dei processi migratori avrebbe concorso al superamento delle barriere etniche e creato società multiculturali.

Oggi prevalgono, nel senso comune e nel dibattito culturale, orientamenti diversi e talvolta opposti, al punto che si è parlato di una crisi di legittimazione dell’ordine globale. L’opinione prevalente è che le cause di questa delegittimazione sono di ordine sociale. Il trickling down non ha funzionato, e le disuguaglianze sono anzi cresciute (il libro più importante in argomento è quello di Atkinson⁶): si è creata una classe di superricchi, mentre le condizioni delle classi sociali e dei ceti medi sono peggiorate. Le cause sono state individuate nei meccanismi medesimi della globalizzazione: la finanza speculativa; l’esercizio del controllo sulle grandi imprese per favorire l’immediato aumento di valore per azionisti e managers; la delocalizzazione da parte delle grandi imprese, che, inseguendo il vantaggio competitivo conseguibile attraverso pratiche di dumping sociale, disperdono in tutto il mondo le unità tecniche di produzione alla ricerca dei salari più bassi; la legalizzazione dei meccanismi di evasione o elusione fiscale, che sottrae risorse agli Stati: si pensi ad Apple, che ha il cervello (software) negli Usa, il prodotto (hardware) in Asia, e la sede legale dove si

⁵ S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, tr. it., Milano, 2000.

⁶ A.B. ATKINSON, *Disuguaglianza*, tr. it., Milano, 2015.

paga di meno (l'Irlanda). I giganti del Web fatturano in Italia 2,4 miliardi, e pagano 64 milioni di tasse (rapporto Mediobanca, novembre 2019).

Nell'UE, la "competizione fiscale" tra Stati membri è stata dichiarata legittima dalla sentenza Cadbury - Schweppes del 2006 della Corte di giustizia.

A sua volta, l'idea dei diritti umani universali ha perso molta credibilità, da quando è stata usata per giustificare guerre, appunto, "umanitarie".

I critici segnalano le conseguenze negative sul piano sociale, democratico, ambientale (che è anch'esso sociale: si pensi alla crisi alimentare in Africa).

Sul piano sociale: instabilità occupazionale, compressione dei salari, precarizzazione e insicurezza economica, che riguarda anche le classi medie.

Sul piano della democrazia, la perdita di potere dello Stato nazionale, che è storicamente l'unica dimensione sulla quale può oggi esercitarsi la democrazia politica. Il "trilemma" di Rodrik⁷ dice che la democrazia politica, la sovranità nazionale e l'integrazione economica globale sono reciprocamente incompatibili: possiamo combinare due tra le tre cose, ma mai averle tutte e tre. Ne consegue la crisi dei soggetti di aggregazione ideale e sociale (partiti e sindacati) ereditati dal Novecento. E quindi una diffusa perdita di quelle identità; un vuoto riempito dalla radicalizzazione delle identità etniche, nazionali, talvolta religiose.

I fenomeni migratori vengono visti come minaccia a questa identità, e l'idea di società multietniche e multiculturali è, per usare un eufemismo, in crisi in gran parte del pianeta.

Quanto alla rete, è diffusa l'impressione che da ideale luogo di libertà e di superamento delle differenze e contrapposizioni, essa sia diventata territorio di conquista finanziaria e avamposto del capitalismo della sorveglianza, che acquisisce identità digitali per farne oggetto di mercato commerciale o politico. La tecnologia digitale, dicono i critici, è sviluppata, controllata e compresa da un numero limitato di grandi imprese, che sfuggono alle giurisdizioni nazionali.

Del resto, anche il cyberspazio non è più globale: la Cina ha creato un firewall cyber che la isola dal resto del Web.

In breve: la globalizzazione neoliberista vive una fase di delegittimazione. È in corso un "contromovimento", teorizzato negli anni '40 da Polanyi⁸ come reazione all'assolutismo del mercato. Ma questo contromovimento non si indirizza alla ricerca di nuove forme di solidarietà, ma verso inquietanti derive.

⁷ D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, New York-London, 2011.

⁸ K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), tr. it., Torino, 1974.

3. *Globalizzazione, capitalismo, diritto: inquadramento storico*

Il rapporto tra globalizzazione e diritto, e lo stesso contromovimento di cui ho parlato, non possono essere pienamente intesi senza un inquadramento storico, che colleghi la contemporaneità ai processi economico-sociali, culturali e giuridico-politici che l'hanno preceduta.

C'è chi ha osservato che la globalizzazione accompagna l'intera storia umana, a partire dall'invenzione della ruota e della scrittura.

A noi interessa però la fase storica nella quale la globalizzazione assume i caratteri della formazione, e della progressiva estensione all'intero pianeta, dell'economia capitalista, e del suo correlato, il diritto moderno.

L'avvio del processo è nel XVI secolo, con la nascita degli imperi coloniali e la progressiva estensione del dominio dell'Europa sull'intero pianeta.

La storia della globalizzazione si intreccia con quella del capitalismo: dapprima nella transizione dal feudalesimo (di lunga durata, come in Inghilterra; rivoluzionaria, come in Francia), e poi nelle trasformazioni del capitalismo, dall'individualismo proprietario (che ha il suo statuto nel Code civil e nei commentari di Blackstone), per arrivare al grande contromovimento della "età tragica" (per usare l'espressione di Hobsbawm⁹) tra le due guerre.

Nell'Occidente quel contromovimento fu sconfitto dal compromesso tra capitale e lavoro (dagli anni '30 negli Usa, dopo la seconda guerra mondiale nell'Europa occidentale) che ha la sua più elevata configurazione giuridica nel costituzionalismo sociale novecentesco. Di questa fase storica è espressione la Costituzione italiana, e il processo di applicazione costituzionale degli anni '60 e '70: un insieme di riforme, parallelo a quello adottato negli altri paesi dell'Europa occidentale (il "modello sociale europeo"), e negli stessi Usa (la "Grande società" del presidente Johnson, sviluppo coerente del New Deal).

Come si è ricordato, l'odierna globalizzazione liberista si pone in radicale e dichiarata contrapposizione alla fase precedente (per questo non mi sembra persuasiva la periodizzazione di D. Kennedy, che fa iniziare quella che egli chiama la "terza globalizzazione" nel 1945¹⁰).

Anticipati da una fase di incubazione intellettuale elaborata negli USA nel corso degli anni '70, gli anni '80 saranno decisivi per l'affermazione

⁹ E. HOBSBAWM, *Il secolo breve*, tr. it., Milano, 1995.

¹⁰ D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, in *The New Law and Economic Development* (D.M. Trubek e A. Santos eds), Cambridge (Mass.), 2006, pp. 25 ss.

del neoliberalismo. Ad essi si ascrivono le emblematiche riforme statunitensi della presidenza Reagan, accompagnate in Gran Bretagna dal governo conservatore di Margaret Thatcher.

Sul versante europeo, gli ultimi elementi di continuità con la fase precedente (le nazionalizzazioni della prima fase della presidenza Mitterrand, il piano di socializzazione proprietaria della socialdemocrazia svedese, il progetto di riforma delle istituzioni europee di Altiero Spinelli), sono abbandonati, e si sceglie con l'Atto unico del 1986 la liberalizzazione completa dei flussi di capitali, trascritta nel Trattato di Maastricht del 1992.

Quello che mi interessa segnalare è che ciascuno di questi passaggi storici non è avvenuto “naturalmente”, come raccontato spesso dagli economisti (che considerano i processi economici come la graduale realizzazione di verità universali, quasi matematiche, come ha scritto Skildesky¹¹); ma è stato frutto di scelte politiche, tradotte in atti normativi, a seguito di confronti e scontri tra progetti culturali, soggetti politici, forze sociali. Questo elemento è costante, manifestandosi dal Tenures Abolition Act inglese del 1660 fino ai giorni nostri.

Ne ho parlato diffusamente altrove. Il criterio metodologico che assume la centralità del diritto sulle trasformazioni del capitalismo va adottato anche per la fase odierna: il secondo contromovimento, la cui data di inizio non è difficile da individuare: l'elezione di Trump alla presidenza Usa.

4. *Il contromovimento odierno*

4.1. *Il sovranismo nativista*

“Il futuro è dei patrioti, non dei globalisti”. Così il Presidente Usa Trump all'Assemblea generale dell'Onu (24 ottobre 2019). Nello slogan è la sintesi dell'odierno secondo contromovimento (dopo quello degli anni '30, esaminato da Polanyi). Le sue più clamorose manifestazioni sono avvenute nel 2016: l'elezione di Trump, il referendum sulla Brexit.

Contemporaneamente, il Presidente cinese Xi Jinping ha lanciato “il sogno cinese”, “la grande resurrezione della nazione cinese”, e ha fatto eliminare il divieto di rielezione e scrivere il suo nome nella Costituzione, accanto a quello di Mao e Deng (il quale a suo tempo raccomandava invece alla Cina di nascondere al resto del mondo le proprie crescenti capacità).

¹¹ R. SKIDELSKY, *Money and Government*, New Haven, 2019.

Un neonazionalismo con tendenze autoritarie si diffonde nel pianeta: basti qui ricordare l'India di Modi e il Brasile di Bolsonaro.

Ma quali sono i tratti comuni, se ci sono, del contromovimento rispetto alla globalizzazione liberista?

La premessa è che si è diffuso un nuovo senso comune, perché la narrazione neoliberista non ha più la presa di un tempo. Il termine più usato, ma a mio avviso non il più significativo, è populismo. E in effetti soprattutto nell'Occidente (e come ben sappiamo, in Italia) si è diffusa la critica e la contestazione della casta e delle élites (politiche, intellettuali, burocratiche, mediatiche), considerate responsabili o complici sia di una crisi che ormai dura da più di un decennio, sia, poi della gestione della crisi, avvenuta, secondo un'opinione diffusa (la più autorevole è quella di Papa Francesco nell'Enciclica *Laudato si*), nell'interesse del sistema bancario, e senza incisive riforme delle sue cause. Del resto, rimane senza risposta la domanda rivolta dalla regina Elisabetta agli studiosi della London School of Economics: come mai non l'avete prevista?

Ma il populismo, così inteso, non ha una logica strutturale: al più, determina un riallineamento del sistema politico (come sta accadendo in Italia).

Le caratteristiche più rilevanti sul piano strutturale dell'odierno contromovimento sono altre, e riguardano tre aspetti: culturale, con la ridefinizione delle identità sociali (e, corrispondentemente, di quelle politiche); economico-giuridico, con il neoprotezionismo e la contestazione dell'ordine giuridico globale istituzionale, con forme di neoautoritarismo anche all'interno di sistemi democratici.

Anzitutto, si diffonde tra i ceti popolari quella che Piketty chiama ideologia socialnativista¹². Alla tradizionale identità sociale o di classe si sostituisce un'identità legata all'appartenenza nazionale, o etnica, o religiosa (o tutte queste insieme), che abili attori politici strumentalizzano. La costruzione dell'identità nativista si basa sull'ostilità verso il diverso (l'immigrato in Occidente, il seguace di religioni diverse nel mondo arabo, in India, in Birmania, ecc). Il "neonazionalismo dei poveri", com'è stato chiamato, è certo legato alla trasformazione della base sociale (e alla conseguente crisi di consenso) dei partiti della sinistra, sempre meno partiti dei ceti popolari, sempre più partiti dei laureati (come dimostra con dati statistici l'ultimo libro di Piketty).

Le istanze sociali vengono così abbandonate alla lettura (deformante) che ne danno i soggetti politici neoidentitari.

Quanto al secondo aspetto, il fenomeno più rilevante è la contestazione che il paese che storicamente è stato prim'attore della globalizzazione, gli

¹² PIKETTY, *Capital et idéologie*, cit.

Usa, sta portando all'ordine liberista internazionale.

Ne sono manifestazioni il ritorno al protezionismo e la critica o il rifiuto delle istituzioni sovranazionali di governance (WTO, trattati di nuova generazione, la stessa UE). Al multilateralismo si vuole sostituire un sistema basato su accordi bilaterali tra Stati, dove il più forte può naturalmente giocare meglio la partita. La de-globalizzazione sta producendo i suoi effetti sull'economia globale. Il rapporto Ocse reso noto il 20 ottobre del 2019 indica il calo strutturale degli investimenti esteri, che ha raggiunto nella prima metà del 2019 il 20% in meno rispetto al secondo semestre dell'anno precedente.

Infine, la tendenza verso forme di neoautoritarismo.

La Cina sembra smentire la tesi che democrazia politica e crescita economica sono strettamente legati, affidando l'evoluzione del sistema a un processo attentamente sorvegliato dall'apparato politico di Xi Jinping, mostratosi capace di intuire le potenzialità che la tecnologia mette nelle mani della volontà di guidare le sorti di un sistema-paese. Nell'Occidente si diffonde l'idea che la democrazia si esaurisca nell'esercizio della sovranità popolare attraverso le elezioni. Il mandato popolare deve prevalere sui "contrappesi": le garanzie, la magistratura, i media. "Democrazia illiberale", l'ha candidamente autodefinita il primo ministro ungherese Orban.

D'altra parte, da tempo si era segnalata la fase discendente della parabola democratica: la postdemocrazia, per usare il titolo del noto libro di Colin Crouch¹³. Il sistema politico conserva le forme democratiche, ma sembra abbandonare la sostanza ideale della democrazia novecentesca, degradando in sistema elitario e oligarchico. Il neo-autoritarismo è il passaggio successivo.

4.2 *La fine del neoliberalismo e la rinascita della storia*

J. Stiglitz scrive di "fine del neoliberalismo e rinascita della storia"¹⁴, in esplicita polemica con la nota tesi di Fukuyama¹⁵. Apprezza la prima, ma teme le conseguenze della seconda. È possibile una "rinascita" diversa da quella proposta dal contromovimento nativista?

Vanno segnalati due "contromovimenti" sociali di segno diverso. È nato, e cresce, un movimento ambientalista globale. Inutile qui ricordarne le ragioni. Interessa, ai nostri fini, che la questione ambientale ha una portata, e può essere risolta, solo a livello planetario. Confligge così con l'ideologia sovranista, come la polemica sull'Amazzonia dimostra. Ma, in

¹³ C. CROUCH, *Post democrazia*, tr. it., Bari-Roma, 2009.

¹⁴ J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents Revisited*, New York, 2018.

¹⁵ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, tr. it., Milano, 1992.

secondo luogo, la questione ambientale riguarda la globalizzazione anche sotto un altro aspetto: se affrontata seriamente, pone il tema dei limiti strutturali, e quindi della necessaria riforma, del capitalismo iperliberista.

Il secondo contromovimento, oggi privo di un'agenda politica, è costituito dalle rivolte popolari che hanno in comune la contestazione delle disuguaglianze, e delle leadership politiche che ne sono considerate responsabili (e che ne profitano), e che in forme diverse si manifesta in molti luoghi del pianeta. Si muovono le "moltitudini" di cui parlava A. Negri¹⁶?

Ma Stiglitz pensa piuttosto a una rinascita della storia che affronti l'esigenza di una riforma del capitalismo. Non so se si possa parlare, anche a questo proposito, di contromovimento, ma certo se ne parla in sedi inattese.

Ha destato molta attenzione il recente documento (settembre 2019) dell'associazione americana Business Roundtable, che riunisce i capi di 181 tra le più grandi imprese del mondo. In esso si afferma che le imprese devono considerare non solo l'interesse dei propri azionisti (secondo il principio fondatore del liberismo formulato da M. Friedman¹⁷), ma anche quelli di "chiunque sia interessato" dalle loro attività (dipendenti, consumatori, comunità locali, ecc).

Come questo principio possa tradursi in pratica non è detto; tra l'altro nel documento lo Stato non è nemmeno nominato; eppure spettano allo Stato le norme sull'uso del territorio, l'ambiente, i diritti dei lavoratori. Forte è il dubbio che possa essere affidato alle imprese medesime (come propongono in particolare i giganti del Web, attraverso propri "codici di comportamento"). Ma è comunque significativa la consapevolezza che qualcosa non va per il verso giusto. E il quotidiano del business globale, il Financial Times, sta svolgendo una campagna per la "riforma del capitalismo" (aperta nel settembre 2019 con il titolo "Capitalism. Time for a reset"). Ma può la riforma essere affidata ai capitalisti medesimi?

Due considerazioni per tentare una prima conclusione.

Il sovranismo nativista non ha né gli strumenti teorici né la volontà politica di condurre la "rinascita della storia" alla riforma sociale del capitalismo. Non c'è niente nelle sue ricette che possa preoccupare i ceti proprietari.

In secondo luogo, come la globalizzazione anche il contromovimento sovranista odierno (come già quello analizzato da Polanyi) non ha niente di "naturale": è il prodotto di processi culturali, economici, sociali, che esprime decisioni politico-normative. In quanto tali, possono essere cambiate. Ma come, e da chi?

¹⁶ M. HART, T. NEGRI, *Impero: il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2003.

¹⁷ M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà* (1962), tr. it., Milano, 2010.

II. GLOBALIZZAZIONE E DIRITTO

5. *La globalizzazione come progetto giuridico. Il problema della sovranità*

5.1 *La globalizzazione come “fatto” e “programma”*

Ho osservato nella prima parte che la globalizzazione contemporanea, nelle caratteristiche che ha assunto, è conseguenza di scelte politiche degli Stati, che si sono tradotte in norme giuridiche.

Ciò era già accaduto, come ho già accennato, quando si affermò nell'Occidente il capitalismo come forma generale della produzione e dello scambio, tra la metà del '600 in Inghilterra e la metà dell'800 in Germania.

Il risultato fu raggiunto con percorsi differenti e utilizzando strumenti giuridici diversi, ma condusse ovunque all'affermazione dell'economia di mercato e dell'individualismo proprietario.

Il ruolo determinante dello Stato e del diritto fu individuato e approfondito dai grandi pensatori critici della modernità, come K. Marx nell'800 e K. Polanyi nel secolo scorso.

Mi limito qui a una citazione di Antonio Gramsci: “si afferma che l'attività economica è propria della società civile e che lo Stato non deve intervenire nella sua regolamentazione. Ma anche il liberismo è una regolamentazione di carattere statale, introdotto e mantenuto per via legislativa e coercitiva”¹⁸. Lo stesso, a ben vedere, è accaduto per l'odierna globalizzazione.

Al tema è dedicato il recente libro di Katharina Pistor, *The Code of Capital*¹⁹, la quale sintetizza così la sua tesi: “Gli anni 1980 videro un'ondata di riforme legali che affermarono il primato dei mercati sui governi nell'allocazione delle risorse economiche”.

In breve, la globalizzazione, quale fenomeno nel quale si afferma la sempre maggiore interdipendenza della vita sociale nel nostro pianeta, è un “fatto”; ma i suoi caratteri neoliberali e il predominio del capitale finanziario sono stati la realizzazione di un “programma”, non la conseguenza automatica, spontanea e ineluttabile delle leggi del mercato e del progresso tecnologico. Essi sono stati infatti il prodotto di decisioni politiche, tradotte in atti giuridici, di soggetti sovranazionali (ai quali gli

¹⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, III, Torino, 1975, p. 1590.

¹⁹ K. PISTOR, *The Code of Capital*, Princeton, 2019.

Stati nazionali hanno trasferito poteri), della legislazione degli Stati, dei giudici delle magistrature supreme, e di forme di pensiero giuridico che hanno trovato un riscontro diffuso, spesso non mediato da un sufficiente atteggiamento critico, in molta parte di quella che – con un anglicismo non neutrale – si definisce *scholarship*.

5.2 La liberalizzazione delle attività finanziarie

Considero qui, per ovvie ragioni di brevità, solo due aspetti, probabilmente i più importanti: la liberalizzazione delle attività finanziarie e le cessioni di sovranità da parte degli Stati. Quanto alla prima, le legislazioni nazionali hanno progressivamente eliminato le regole introdotte dopo la “grande crisi” iniziata nel 1929.

Negli Stati Uniti il Glass-Steagall Act del 1933 aveva separato l'attività bancaria da quelle finanziarie e assicurative: banche di deposito (raccolta di risparmio diffuso) e banche d'affari (investimenti a rischio) avrebbero dovuto essere, come si disse, divise da un “muro”.

Con il Gramm Act del 1991 la separazione fu abolita; uno dei pochi oppositori al Congresso aveva affermato che la liberalizzazione avrebbe creato banche “troppo grandi per fallire” e imposto il salvataggio pubblico (come in effetti poi è avvenuto).

La proposta di tornare alla legge del 1933, presentata dal Congresso dopo la seconda “grande crisi”, fu respinta: venne approvato invece nel 2010 il Dodd-Frank Act, che ha reintrodotto una limitata regolazione, ma non ha ripristinato la distinzione tra attività bancaria e speculazione finanziaria. Nel contempo si andava affermando un sistema bancario “ombra”: intermediari finanziari che si sottraggono, con vari meccanismi, alle regole previste per le banche.

Ancora più drastica è stata la deregolazione italiana. Alla fine degli anni Ottanta la Cassazione considerava l'attività bancaria un servizio pubblico. In effetti, a partire dalla legge 1936 il sistema del credito era pubblico, o sottoposto a stringente controllo pubblico. A partire dei primi anni Novanta del secolo scorso, l'attività bancaria e finanziaria è stata invece privatizzata e in larga misura liberalizzata, e sono stati legalizzati i derivati speculativi con il t.u. sull'intermediazione finanziaria del 1998: l'art. 23 li riconosce come contratti meritevoli di tutela, anche in deroga alle norme del Codice Civile.

5.3. *La sovranità dello Stato nazionale*

Quanto al tema delle limitazioni della sovranità vanno distinti due aspetti, ambedue rilevanti.

Il primo è la cessione di sovranità nazionale a entità sovranazionali. Naturalmente, la più rilevante per l'Italia è quella nei confronti dell'Unione europea (avvenuta con gli strumenti giuridici di cui parleremo tra breve). Ma non è l'unica (si pensi in particolare al WTO o ai trattati commerciali di nuova generazione).

L'altro aspetto riguarda la sovranità popolare all'interno dello Stato. Le istituzioni che ne sono diretta espressione (parlamento e governo) hanno progressivamente ceduto poteri che a loro erano attribuiti: la sovranità monetaria (con l'autonomia delle banche centrali, oggi della BCE, a sua volta autonoma dalle istituzioni democratiche della UE); e poteri regolatori, trasferiti in misura più o meno ampia ad agenzie o autorità amministrative indipendenti.

Quello che viene chiamato sovranismo è del resto il movimento che esprime la reazione a questi processi.

Sarebbe tuttavia sbagliato ritenere, come talvolta si è detto, che lo Stato nazionale attraversa una crisi irreversibile. "Borders matter", scrive Stiglitz²⁰.

Dal punto di vista giuridico, va notato anzitutto che le limitazioni o cessioni di sovranità sono avvenute attraverso decisioni normative dello Stato, e come tali sono giuridicamente reversibili con atti normativi di segno contrario.

In secondo luogo, il fondamento del potere sovrano rimane interno alla Costituzione italiana. Ciò è confermato dalla giurisprudenza costituzionale sui c.d. controlimiti, cioè sull'esistenza di principi fondamentali che prevalgono su ogni altra fonte (nazionale e sovranazionale). Ne parleremo tra breve.

Parallelamente, le competenze della UE si fondano sul principio di attribuzione, per il quale "l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati" (art. 5 TUE).

Si pensi a quello che è considerato uno degli aspetti più rilevanti della perdita di sovranità degli Stati, il diritto commerciale transnazionale (che da noi viene chiamato, riprendendo un termine introdotto in Francia negli anni '70, *lex mercatoria*). Una delle sue manifestazioni più significative è il ricorso dei privati, nella regolazione dei propri rapporti, a ordinamenti e

²⁰ J. E. STIGLITZ, *People, Power and Profits*, New York, 2019.

giudici da loro scelti. Lo strumento utilizzato è la clausola arbitrale. Ma, a differenza della *lex mercatoria* medievale, l'effettività di quella contemporanea è condizionata alle possibilità di ricorrere alla coercizione, che rimane monopolio legittimo degli Stati, entro i confini territoriali di ciascuno.

Così il riconoscimento e l'esecuzione del lodo è condizionato, in Italia, dal controllo sull'ordine pubblico e sull'ammissibilità della clausola compromissoria, secondo quanto previsto dalla legge italiana (art. 839 c.p.c., introdotto nel 1994).

La questione è stata affrontata anche a livello europeo. La Corte di giustizia, con la sentenza *Achmea* dal 6 marzo 2018, ha affermato che il ricorso all'arbitrato non è ammissibile tra imprese e Stati UE, e che pertanto i giudici dovrebbero annullare i lodi laddove l'investitore tentasse di darne esecuzione sul territorio europeo.

In conclusione, è vero che il postulato kelseniano per il quale in ogni Stato c'è un solo ordinamento giuridico è superato dalla odierna pluralità delle fonti, nazionali e sovranazionali, operanti sul territorio, e sui confronti della popolazione, di uno Stato. Ma la titolarità della sovranità, del potere di produrre diritto e di usare la coercizione per attuarlo, rimane allo Stato nazionale.

In sintesi: le fonti sovranazionali hanno l'efficacia che hanno, perché così ha deciso lo Stato nazionale. Il quale potrebbe revocare o modificare tali decisioni, con atti normativi omologhi a quelli che le hanno operate. E ciò, naturalmente, a prescindere dalla desiderabilità o meno dell'esito.

6. *Globalizzazione e diritto civile: continuità, o un diritto nuovo?*

6.1. *Diritto soggettivo, spa, antitrust*

William Twining, uno dei più acuti studiosi dei cambiamenti del diritto contemporaneo, in un libro del 2009 (*General jurisprudence*) scrive di avere proibito ai suoi studenti del corso "Globalization and Law" di usare la "g word"²¹.

L'invito alla cautela va raccolto, particolarmente quando ci si occupa di diritto civile.

Il quesito da affrontare mi pare il seguente.

²¹ W. TWINING, *General Jurisprudence: Understanding Law from Global Perspective*, Cambridge (Mass.), 2009.

Siamo in presenza di un ritorno al passato, alle categorie dell'individualismo proprietario che fondano il moderno diritto privato, o a un diritto radicalmente nuovo, non riconducibile a quei fondamenti (secondo la tesi svolta da Denozza²², ma presente nelle ipotesi di riconfigurazione concettuale avanzate in questi anni dalla migliore civilistica)?

Come per lo Stato, anche per il diritto civile la seconda risposta, se giustamente segnala gli elementi di novità (derivanti soprattutto dalla debordante normativa comunitaria e da un controverso attivismo giurisprudenziale), rischia di sottovalutare il ruolo portante che conservano le forme giuridiche del capitalismo, sulla base delle quali le rivoluzioni borghesi destrutturarono il vecchio sistema e fondarono la logica del nuovo.

Il nuovo diritto privato a volte riprende i principi di quello ottocentesco. Altre volte principi e regole sono adeguate a una specifica progettualità (in particolare quelle europee ispirate alla logica ordoliberal: il mercato concorrenziale quale obiettivo da perseguire, e non – come nel liberismo originale – quale dato pregiuridico, di cui occuparsi solo ponendo forme giuridiche che ne proteggano la libera e spontanea vitalità originaria). Entrambe le vie sono interne alla logica della globalizzazione contemporanea, che privilegia l'interesse individuale su quello sociale, l'economia sulla democrazia politica.

Non è certo possibile in questa sede argomentare con l'ampiezza che il tema meriterebbe. Mi limito a qualche cenno.

La responsabilità extracontrattuale estende il suo spazio di intervento, ma rimane interna alla logica bilaterale della relazione tra vittima e responsabile (ne ha trattato ampiamente Barcellona²³). La tutela dei diritti della persona è sempre più ampia, ma avviene con la proliferazione della figura individualistica del diritto soggettivo (che, secondo la nostra Cassazione, può essere creato dal giudice valutando "se nuovi interessi emersi nella realtà sociale" meritano tale qualifica, e le corrispondenti tutele). La centralità del diritto soggettivo individuale raggiunge la famiglia, sempre meno formazione sociale, sempre più insieme di diritti soggettivi.

Oppure pensiamo a due istituti creati durante la prima globalizzazione, la società per azioni e la disciplina antitrust. In entrambi i casi, le tematiche del primo Novecento, che erano legate al problema politico del controllo sul grande potere economico privato (alle origini stesse

²² F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, a cura di M.A. Farina et al., 2, Torino, 2017.

²³ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

dell'antitrust, e aspetto centrale del pensiero riformatore delle spa), sono state “depolitizzate”²⁴, e le relative norme sono dettate (e teorizzate) come funzionali al mercato e alla massimizzazione del valore proprietario. La teoria generale del diritto societario ha abbandonato la dicotomia proprietà – controllo, per adottare la teoria dell'analisi economica di R. Coase²⁵, per la quale le norme imperative ostacolano la libertà di mercato, e la società per azioni deve basarsi sul contratto (diventando un “nexus of contracts”). La legislazione si è adattata: libertà statutaria e deregolamentazione²⁶.

A sua volta, alle origini dell'Antitrust (fine del'800) era il tentativo di contrastare il dominio dei “baroni della rapina” sul potere politico e sui prezzi dei beni. I legislatori della globalizzazione liberista (ispirati anche qui dalla dottrina: il “paradosso dell'Antitrust” di R. Bork²⁷) lo concepiscono invece esclusivamente come strumento per la tutela dei consumatori.

In entrambi i casi ha prevalso la versione individualistica dell'analisi economica del diritto (Posner), che non calcola i “costi morali”²⁸ dell'attività economica privata. (Dopo la crisi del 2008, Posner ha svolto una parziale, ma esplicita autocritica: non è vero che i mercati sono sempre autoefficienti)²⁹.

6.2. La “giustizia” contrattuale: parte debole e buona fede

Nelle due categorie fondamentali, contratto e proprietà, l'intreccio tra ritorno al passato (con il superamento della “parentesi” sociale) ed elementi innovativi (ma coerenti alla logica dell'individualismo liberista) è particolarmente evidente.

Si pensi, per il contratto, alla tutela della “parte debole”. Nel sistema del codice, com'è noto, questa riguarda una situazione di pericolo o di bisogno, che consente alla parte, a determinate condizioni, la rescissione del contratto.

²⁴ DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit.

²⁵ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost* (1960), in *J. Law and Economics*, 56 (2013), p. 837 s.

²⁶ G. ROSSI, *Corporate governance tra contrattualizzazione e competizione regolamentare*, in *Parole chiave*, 56 (2016), pp. 19 ss.

²⁷ R. BORK, *The Antitrust Paradox* (1978), 2^a ed., New York, 1993.

²⁸ G. CALABRESI, *Il futuro del law and economics*, tr. it., Milano, 2018.

²⁹ R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge (Mass.), 2009.

Nella fase del costituzionalismo sociale, la parte debole è individuata dalla legislazione c.d. speciale sulla base della condizione proprietaria: è parte debole il non proprietario (lavoratore dipendente, coltivatore, inquilino) nei confronti del proprietario. La tecnica di tutela è quella dell'art. 1339 c.c.: la clausola e i prezzi imposti dalla legge sono inseriti di diritto nel contratto, in sostituzione di quelle difformi apposte dalle parti. Nella legislazione di cui si è detto, centrale è l'eliminazione dello squilibrio economico: il corrispettivo pattizio è sostituito da quello ritenuto giusto dalla legge.

Nell'odierna disciplina del "contratto del consumatore", invece, ciò che rileva non è la posizione sociale, ma quella nel mercato, che si esprime nel c.d. atto di consumo.

La "adeguatezza del corrispettivo" è espressamente esclusa dallo "squilibrio dei diritti e degli obblighi" rilevante ai fini della tutela. Questa viene realizzata con la tecnica della nullità di protezione, che opera soltanto a vantaggio del consumatore, e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. In quest'ultima previsione è la chiave di spiegazione del sistema: la tutela del consumatore è dettata per evitare distorsioni nel funzionamento del mercato concorrenziale: un interesse "generale", che spetta al giudice attuare, anche se irrilevante per l'interessato. Il principio è del resto esplicitamente enunciato nei "considerando" dalle direttive; che in questo si rivelano più onesti delle formule enfatiche dell'art. 169 TFUE.

La stessa logica troviamo in un'altra disciplina di recente introduzione, la Direttiva (UE) 2019/633 in materia di Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. Nella Direttiva si stabiliscono strumenti di riequilibrio del potere contrattuale con riferimento a vari elementi accessori dei contratti, ma non si incide sullo squilibrio che l'assetto dei mercati agricoli ha determinato a svantaggio dei produttori: è affermato il principio che «fornitori e acquirenti di prodotti agricoli e alimentari dovrebbero poter negoziare liberamente operazioni di vendita, compresi i prezzi».

Ancora del resto non è chiara la portata della nullità relativa. Se prevale la tesi che la tutela è posta nell'interesse "generale" del mercato concorrenziale, dovrebbero applicarsi le norme del Codice sulla imprescrittibilità e sull'inammissibilità della convalida. Nella revisione complessiva sui principi in tema di nullità, le Sezioni unite della Cassazione (sent. 26242/3 del 2017), che distingue tra rilevazione e dichiarazione, non hanno sciolto questo nodo.

Si discute se questa e altre discipline recenti richiedano una nuova

sistemazione concettuale, basata sull'idea della "asimmetria". A me non pare necessaria: si tratta, in fondo, di una legislazione "speciale", non dissimile, nel suo rapporto con la categoria generale, dall'abbondante legislazione novecentesca. Non si tratta di "diritti secondi", come talvolta si dice; in caso di lacune o dubbi interpretativi, non c'è ragione per non applicare il diritto generale della obbligazione e del contratto.

Quello che cambia è il principio ispiratore: alla utilità sociale e ai diritti della persona di cui parla l'art. 41 cost. si sostituisce, come principio ordinante della legislazione, il perseguimento del mercato ottimale. Minacciato peraltro dal modo di essere odierno del potere economico, non certo dal difetto di informazione o di educazione del consumatore. Com'è evidente se si pensa a un'altra disciplina di settore, quella dei contratti finanziari, in particolare dei derivati: accentrata sulla protezione del soggetto considerato debole, e non sui rischi sistemici derivanti dall'esistenza stessa di contratti speculativi. Questi sono anzi considerati, come si è ricordato, "meritevoli di tutela" dalla legge; e la violazione della normativa è considerata regola di responsabilità, non di validità.

La "giustizia" del rapporto è affidata all'intervento del giudice, con la clausola della buona fede e il ritorno all'idea dell'abuso del diritto (che sembra così trovare una nuova giovinezza). Già è significativo che si ricorra al criterio della buona fede anziché a quello costituzionale (art. 41) dell'utilità sociale, come a suo tempo suggerito da Oppo per la contrattazione di impresa. D'altra parte, dottrina e giurisprudenza incontrano serie difficoltà di inquadramento di queste figure. E comunque, sembra evidente che per tale via la "giustizia" del rapporto è affidata al controllo delle singole operazioni, senza incidere sulle cause della disparità di potere dalle quali l'ingiustizia deriva. La solidarietà è in tal modo più simile all'equità del caso concreto che ai doveri di cui parla l'art. 2 cost.: equivoco sul quale a suo tempo aveva richiamato l'attenzione Mengoni.

In secondo luogo, si tende a dare del contratto una (fittizia) lettura "collaborativa" (la suggestione era già latente nel codice: il testo originario dell'art. 1175 riferiva la regola della correttezza "ai principi della solidarietà corporativa"). Si maschera così, senza certo eliminarla, la logica conflittuale, e talvolta intrinsecamente sopraffattiva, propria della contrattazione.

Non sono queste le vie per attuare i principi solidaristici ed egualitari della Costituzione, che richiedono il controllo normativo del potere economico per tutelare la "parte debole" di cui al 2° co. dell'art. 3.

7. *La proprietà*

7.1. *Il neoproprietarismo: proprietà, libertà, beni comuni*

Due recenti libri, ai quali ho già fatto riferimento, richiamano l'attenzione sul tema della proprietà. Piketty parla di "neo proprietarismo" come prolungamento dell'individualismo proprietario ottocentesco "all'età della rivoluzione digitale e dei paradisi fiscali". Per K. Pistor un sistema legale sempre più sofisticato permette di "codificare" come oggetto di appropriazione privata un numero crescente di entità, alcune delle quali, come gli strumenti finanziari e la proprietà intellettuale, "esistono soltanto nella legge". Il diritto della globalizzazione ha usato, per affermare "the code of capital", gli strumenti della tradizione: il diritto dei contratti e della proprietà, anzitutto.

Anche per la proprietà, come per il contratto, il rapporto di continuità/innovazione con l'originario individualismo proprietario è complesso.

Rispetto alla logica del codice e della costituzione (e alle corrispondenti concettualizzazioni) il diritto della globalizzazione ha introdotto in effetti cambiamenti profondi, alcuni dei quali hanno peraltro radici antiche.

I profili più rilevanti riguardano tre aspetti, tra loro collegati. In primo luogo, il ritorno della proprietà, con la Carta UE, tra i diritti di libertà. In secondo luogo, l'estensione della garanzia costituzionale all'intero patrimonio privato. Infine, l'applicazione della categoria proprietaria (e delle correlate tutele) a un numero crescente di entità non materiali, considerate meritevoli della stessa protezione che il sistema tradizionale assicurava in principio alle sole "cose".

Qualche considerazione su ciascuno di questi aspetti.

Nella nostra Costituzione la proprietà è de-fondamentalizzata: non un diritto di libertà, ma una situazione giuridica regolata dalla legge per assicurare la funzione sociale. L'art. 17 della Carta dei diritti, e la giurisprudenza della Corte Edu, la riconducono tra i diritti di libertà.

Per la Corte di giustizia UE le libertà economiche costituiscono diritti fondamentali (tesi affermata a partire dal 2007, e nella giurisprudenza più recente fondata sulla Carta dei diritti).

Il problema, ovviamente, non è solo terminologico.

Lo dimostrano vicende recenti, e questioni ancora aperte. Pensiamo ai beni comuni. Per la nostra Cassazione è configurabile (in base agli art. 2, 9 e 42 Cost.) una figura giuridica di "bene comune"; ma nella stessa vicenda (quella ben nota della "Valle Pirmipiè") poco dopo la Corte Edu

ha ravvisato invece una violazione dei diritti patrimoniali di chi quello stesso bene utilizzava a proprio profitto. Il neo-proprietarismo, garantito dalle aristocrazie giudiziarie, espunge dal sistema i beni comuni (la “non proprietà” di cui parla Rodotà)³⁰: l’idea del comune, dei beni “accessibili a tutti”, certo ancora da decifrare compiutamente anche sul piano concettuale, ma che è sembrata ad A. Schiavone, in un suo recente libro³¹, l’unico terreno nel quale è oggi possibile costruire “punti di eguaglianza” sottratti al dominio del capitale tecnofinanziario.

La nostra giurisprudenza (Corte costituzionale e Cassazione) continua a dire che il principio generale in materia proprietaria rimane la funzione sociale. Possono convivere due principi diversi? Ne parleremo tra breve, a proposito del sistema delle fonti.

7.2. *La garanzia del patrimonio*

Il secondo elemento di novità rispetto al sistema dell’individualismo proprietario tradizionale può essere riassunto dicendo che la parola “proprietà”, ai fini della garanzia costituzionale, comprende l’intero patrimonio del soggetto.

Alle origini sono le decisioni delle alte magistrature (in Usa alla fine dell’Ottocento, poi nella Germania di Weimar, in Italia con le sentenze della Corte costituzionale a partire dal 1968) che hanno inventato la figura dell’espropriazione indiretta, o limitazione sostanzialmente espropriativa.

Va notato che questa innovazione non trova fondamento nella classica endiade proprietà – libertà. Se una norma viola la garanzia costituzionale di un diritto di libertà, va dichiarata illegittima ed espunta dell’ordinamento. Per la proprietà, invece, la norma è legittima, purché sia versata un’indennità al titolare.

Gli sviluppi più recenti estendono questa nozione costituzionale di proprietà sotto due aspetti. Anzitutto, l’indennità deve coprire l’intera perdita patrimoniale subita dal privato. La giurisprudenza in tal senso della Corte edu (basata su una fantasiosa interpretazione dell’art. 1, prot. 1, della Convenzione, adottata alla fine del secolo scorso) è stata supinamente accolta dalla Corte costituzionale e dal legislatore. Per tale via la rendita fondiaria è integralmente garantita (senza tenere in minimo conto cosa significhi sancire questa garanzia per l’erario pubblico, mentre i problemi

³⁰ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013.

³¹ A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, Torino, 2019.

del bilancio sono sempre richiamati, nei ragionamenti delle corti, per giustificare l'impossibilità di offrire una garanzia analoga alla pretendibilità dei diritti sociali).

In secondo luogo, come accennato, la garanzia ha per oggetto non solo la proprietà in senso civilistico, ma tutti i "valori patrimoniali" del privato, rispetto ai quali questi possa vantare un interesse giuridicamente rilevante, e anche solo una "legittima speranza" di conseguirli, come dice la Corte Edu.

Le stesse soluzioni troviamo nella "proprietà" dell'investimento prevista dai trattati commerciali di nuova generazione (come il c.d. trattato transatlantico, oggi in sonno per le nuove scelte dell'amministrazione Usa: ovvero il trattato tra UE e Canada – Ceta – approvato dal Parlamento europeo nel 2017 e in corso di ratifica dei parlamentari nazionali, fra cui quello italiano, che oggi è in parte provvisoriamente esecutivo). Ne ho scritto altrove, e qui mi limito a ricordare la critica di Stiglitz: questi trattati contengono una spada di Damocle, perché consentono di considerare violati i diritti delle imprese se lo Stato introduce normative protettive, in tema ad es. di agricoltura, ambiente, lavoro, salute; e di ottenere risarcimenti calcolati non sul costo degli investimenti sostenuti, ma sulla "loss of potential profits".

7.3. *Le nuove proprietà*

Il terzo tema da considerare riguarda l'oggetto del diritto. Nel sistema del codice, oggetto sono le "cose", cioè entità materiali.

L'evoluzione giuridica ha progressivamente esteso la logica dell'individualismo possessivo, e il nome "proprietà", ad un novero crescente di "cose incorporali", aventi un'esistenza oggettiva (come le opere dell'ingegno) o, più di recente, "create" dal diritto medesimo (e dall'autonomia dei privati).

Espressioni come proprietà letteraria o industriale, o proprietà commerciale (con riferimento alla tutela dell'avviamento) sono tecnicamente inesatte. L'uso del nome corrisponde, tuttavia, all'orientamento (una scelta "politica") che estende ai beni immateriali lo schema individualistico ed esclusivo. Un orientamento che risale ai giusnaturalisti³², ed è culminato nell'art. 17 della Carta dei diritti UE, che ha compreso la "proprietà intellettuale" nella garanzia della libertà proprietaria.

Il diritto contemporaneo ha esteso l'appropriazione esclusivistica di valori economici non materiali (oltre quelli tradizionali: diritto d'autore,

³² U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010.

brevetti, ecc.), comprendendovi valori creati dall'innovazione tecnologica (rete, algoritmi, molecole terapeutiche, ecc.) o dalle invenzioni della finanza.

Se ne afferma così la prevalenza sui diritti fondamentali (alla conoscenza, alla vita e alla salute per i brevetti farmaceutici, ecc).

Come scrive Stiglitz, la conoscenza è un bene pubblico, che la proprietà industriale privatizza. La sua disciplina dovrebbe quindi essere restrittiva, sia per quanto concerne i presupposti che la durata della tutela. La tendenza odierna va nella direzione opposta (ad es., la direttiva UE 2016/943 la ha estesa ai "segreti commerciali").

Il punto estremo della "virtual property" è probabilmente rappresentato da alcuni strumenti finanziari, come i derivati non assicurativi, creati dall'autonomia privata (delle grandi banche) ma riconosciuti dalla legge come beni giuridici meritevoli di tutela, e quindi da considerare oggetto di proprietà. Si parla, in proposito, di "nuove proprietà". A tali situazioni è oggi applicabile sia la tutela costituzionale della proprietà sia tutele civilistiche di tipo reale.

Come ho già accennato, la scelta di quali beni siano da considerare meritevoli di tale tutela non è neutra.

Nell'odierno diritto è decisivo il valore di scambio sul mercato. La locuzione "nuove proprietà" era stata introdotta nel linguaggio giuridico da C.W. Reich³³ nel 1964 per indicare diritti soggettivi pubblici in materia di previdenza sociale, al fine di estendere a tali situazioni le garanzie costituzionali della proprietà.

Col tempo, l'idea della "nuova proprietà" è stata piegata in una direzione diametralmente opposta a quella che ne aveva promosso la concezione. Con l'abbandono di tale uso terminologico originario, è stata abbandonata anche la sostanza. A differenza di quelli proprietari, vecchi e nuovi, i diritti sociali e del lavoro sono di fatto deconstituzionalizzati, subordinati alla discrezionalità del legislatore, "concepita come insindacabile potere proprietario sulle risorse disponibili"³⁴.

In conclusione, anche per la proprietà privata il nesso continuità - innovazione con l'individualismo proprietario dell'800 appare articolato, ma a un'attenta lettura ancora decifrabile.

Il principio ottocentesco del carattere eccezionale dei limiti al potere proprietario è sostituito da quello dell'obbligo di indennizzo per l'imposizione dei limiti; ma per l'indennità si torna alle regole ottocentesche: torna

³³ C.W. REICH, *The New Property*, in *Yale Law J.*, 73, 1964, pp. 733 ss.

³⁴ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

a essere commisurata al valore venale del bene, come nella legge del 1865, superando i criteri più restrittivi che erano stati introdotti a partire dalla legge per Napoli del 1882, e poi fino a 10 anni fa.

Parallelamente, l'odierno neoproprietarismo estende "il terribile diritto", e la sua logica, a un numero crescente di entità incorporali, protette o create dalla legge, che le attribuisce così un valore di scambio sul mercato, che altrimenti non avrebbero.

8. *Diritto nazionale e diritto UE: il problema del "primato"*

8.1. *Alle origini del primato: l'Europa dei giudici*

Tra i fenomeni giuridici più rilevanti della globalizzazione è il crescente potere attribuito a soggetti sovranazionali di emanare norme che producono effetti nel territorio degli Stati.

Il modello estremo è il diritto della UE, del quale si afferma il "primato" sui diritti nazionali.

Per intendere i termini attuali del problema che ne deriva, è utile ricordare che tale "primato" non è scritto né nella Costituzione né nei Trattati. Esso è stato inventato dai giudici negli anni '60 del secolo scorso.

La Commissione europea, presieduta dal giurista cristiano democratico tedesco Walter Hallstein, sostenne nel 1961 la nascita della Federazione internazionale per il diritto europeo, che riuniva autorevoli giuristi degli Stati membri. In questa sede si formò il consenso sia sul primato del diritto europeo sui diritti nazionali, sia sul diritto di ogni cittadino di fare ricorso alla Corte di giustizia per fare applicare questo primato. Questi principi non erano contenuti nel Trattato di Roma, che prevede solo il ricorso della Commissione alla Corte in caso di violazione del Trattato da parte di uno Stato. Fu la Corte di giustizia, nelle note sentenze van Gend en Loos (1963) e Costa c. Enel (1964), a trasformarli in diritto vigente.

Alle origini è dunque l'"Europa dei giudici" (come titolò il suo libro del 1976 uno dei protagonisti, Robert Lecourt, studioso di diritto civile, relatore nella causa Costa c. Enel³⁵). La vicenda è stata recentemente ricostruita da W. Phelan³⁶, secondo il quale la decisione fu presa a

³⁵ R. LECOURT, *L'Europe des juges* (1976), rist. Bruxelles, 2008.

³⁶ W. PHELAN, *The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecourt*, in *The Eur. Jour. of Inter. Law*, 28, 2017, pp. 935 ss.

maggioranza, e il principale sostenitore della tesi di Lecourt fu un altro autorevole civilista, Alberto Trabucchi.

È probabile che altrimenti il processo di costruzione europea si sarebbe arenato. Il Presidente francese De Gaulle (sovranista *ante litteram*) si opponeva a ogni trasferimento di sovranità alla Cee, e nel 1962 il suo “piano Fouchet” per una “Unione politica” europea era stato respinto dagli altri paesi.

L'altro lato della medaglia è che in tal modo iniziò quel processo di costruzione “giuridica” (non politica) dell'Unione, affidata prevalentemente ai giudici, che ha contribuito al “deficit democratico” che rimane uno dei punti deboli dell'Unione. (E che ha una delle sue espressioni, oggi, nell'orientamento dei giudici italiani, i quali, più che negli altri Stati membri, ricorrono sempre più frequentemente alla disapplicazione delle norme nazionali e al delicato strumento del rinvio pregiudiziale).

Comunque, oggi, l'efficacia diretta del diritto europeo e il ruolo della Corte di giustizia costituiscono diritto vigente.

8.2. *I limiti del primato*

Resta aperto però il tema dei “limiti” del primato; al quale si è di recente aggiunto quello dell'efficacia della Carta dei diritti.

Iniziamo dal primo. Com'è noto, a partire dalla sent. 183/1973 la Corte costituzionale ha affermato che gli organi della Cee non hanno “il potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”: i “controlimiti”, come li ha chiamati la dottrina, al primato del diritto europeo.

Ma quali sono questi inviolabili “principi fondamentali”? Gli studiosi sono divisi. I costituzionalisti tendono a prenderli sul serio³⁷. Gli studiosi di diritto europeo, invece, preferiscono sminuirne la rilevanza. I civilisti non sembrano molto interessati. Eppure la differenza tra i due sistemi riguarda il nocciolo duro del diritto privato. I principi generali sono diversi. Nella Costituzione sono previsti limiti e finalità delle garanzie costituzionali: l'utilità sociale e i diritti della persona (art. 41 e 42). La Carta dei diritti riconduce invece i diritti patrimoniali nel catalogo delle libertà (art. 16 e 17), che la Corte di giustizia, a sua volta, chiama “fondamentali”. Le implicazioni del diritto europeo sul diritto privato sono state talvolta esaminate in modo serio e approfondito (in particolare da E. Navarretta), ma senza affrontare la questione a mio avviso centrale: i diritti soggettivi

³⁷ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, in *I controlimiti*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017.

patrimoniali hanno la stessa configurazione nei due ordinamenti?

Stefano Rodotà aveva suggerito di risolvere il problema con il criterio della “indivisibilità” dei principi e dei diritti. Ma spesso i diritti confliggono (soprattutto, ma non solo, nel diritto patrimoniale). E il “bilanciamento” (oggi di moda), se non lo si vuole lasciare alla discrezionalità piena dei giudici (e quelli europei, come si è visto, lo operano a favore della libertà economica), richiede la scelta del principio da applicare. In caso di conflitto di principi, quindi, a quale fonte spetta “il primato”?

Alcuni autori, fautori della “tutela multilivello” (formula che peraltro indica il problema, ma non la soluzione), ritengono risolutivo il ricorso al criterio della “protezione più estesa” previsto dagli art. 52 e 53 della Carta dei diritti. Criterio peraltro inapplicabile al conflitto tra principio sociale e principio liberista: protezione “più estesa” per i diritti patrimoniali, o per i diritti sociali?

Di “trappola del massimo standard” di fronte a “scelte assiologiche e di valore” ha parlato M. Cartabia³⁸.

La Corte costituzionale, finora, ha individuato alcuni “controlimiti”: la tutela giurisdizionale dei diritti della persona (nei confronti di uno Statuto Onu: sent. 238/2014) e il principio di legalità in materia penale (nel confronto, questa volta vinto, con la Corte di giustizia nel “caso Taricco”, concluso con la sent. 115/2018).

Resta da capire se il principio sociale (che informa la disciplina costituzionale dei rapporti economici) costituisca anch'esso un “controlimite” all'iperliberismo della Corte di giustizia.

8.3. *La garanzia dei diritti: Corte costituzionale o Corte di giustizia?*

L'ultimo quesito in qualche modo si lega all'altro, emerso di recente: a chi spetta garantire i diritti costituzionalmente rilevanti?

Il problema si è posto dopo l'entrata in vigore, con la ratifica del Trattato di Lisbona, della Carta dei diritti UE. La Corte costituzionale, nella sent. 269/2017, ha detto che il giudice ordinario, se rileva un contrasto tra una norma interna e la Carta, non può disapplicare la prima, secondo l'ordinario modo di operare del diritto europeo; deve invece sollevare la questione di legittimità costituzionale. In altri termini, le norme della Carta non hanno efficacia diretta.

Questa decisione a me pare condivisibile soprattutto per la ragione già

³⁸ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.

indicata: la differenza “sociale” dei due testi. La Corte segnala del resto che essi sono compatibili “in larga misura”, cioè non integralmente.

La sentenza ha suscitato la reazione della Cassazione, che in alcune decisioni ha ritenuto di non applicare il criterio enunciato, considerandolo un obiter non vincolante.

La Corte costituzionale ha confermato il suo orientamento con la sent. 20/2019, con un'ampia argomentazione.

Anzitutto si ricorda “il principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità a fondamento dell'architettura costituzionale”. Solo le decisioni di annullamento della Corte, si ricorda, hanno effetti *erga omnes*.

In secondo luogo, si dice che la Corte deve esprimere la propria valutazione “alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni”, e si aggiunge il richiamo all'art. 6 del TUE e all'art. 52 della Carta, che parlano delle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”.

La Corte costituzionale sembra così riservarsi il compito di interpretare i diritti previsti dalla Carta alla luce di queste “tradizioni”: un compito che invece la Corte di giustizia rivendica come proprio.

Il Tribunale costituzionale tedesco, in una sentenza del 15 dicembre 2015, ha affermato, con puntuali citazioni, che “la grande maggioranza” delle Corti supreme degli Stati membri condivide la tesi “che il primato del diritto UE non vige senza limiti”, derivanti dal diritto nazionale. La Corte tedesca da tempo rivendica la “competenza finale” nel giudizio sulla legittimità del diritto UE, anche perché il principio democratico opera pienamente nello Stato nazionale, non nelle istituzioni europee. È difficile negare che tale tesi esprime una rivendicazione di “sovrano democratico”, che è cosa diversa sia dall'euroscetticismo, sia dall'euroentusiasmo di cui sembrano affetti i giudici ordinari italiani (i quali spesso dimenticano, oltretutto, che, in base al “principio di attribuzione” posto dall'art. 5 TUE, l'ambito di applicazione della Carta dei diritti è circoscritto alle materie di competenza UE).

La dialettica tra i giudici supremi, iniziata negli anni '60 del secolo scorso, è destinata dunque a continuare. Grandi assenti, in Italia, le istituzioni democratiche. Altri paesi hanno riformato le rispettive costituzioni per disciplinare il ruolo del diritto UE. Nessuna delle “grandi riforme” tentate in Italia negli ultimi tempi (e bocciate dai referendum popolari) se ne è occupata (e, forse, è stato un bene). Ma i nodi trascurati non si sciolgono da soli, e, prima o poi, vengono al pettine.

9. *Postscriptum: la pandemia.*

Ho scritto le pagine che precedono alla fine del 2019. Nel frattempo la globalizzazione ha assunto il drammatico volto della pandemia.

Le tendenze di cui parlo sul mio scritto si sono accentuate. La deglobalizzazione, anzitutto, che trae maggiore impulso dall'orientamento dell'Occidente a rilocalizzare le attività produttive e a "proteggere" i suoi confini. Il neoautoritarismo, dalla versione hard della Cina e altri a quello soft dei dpcm che limitano le libertà personali.

Lo stato nazionale riafferma il suo ruolo di protettore della vita e della sicurezza dei suoi cittadini. L'austerità è (momentaneamente) sospesa: gli Stati spendono senza limiti e le banche centrali stampano moneta; prima o poi qualcuno pagherà.

L'Unione europea rimane divisa, nonostante la retorica che ha accompagnato il tentativo in atto di introdurre forme di solidarietà tra gli Stati che la compongono. Le famiglie politiche europee non esistono più: sono tutti sovranisti, a cominciare dai socialisti al governo in Danimarca e Svezia. Qualcuno si è finalmente accorto del dumping fiscale praticato da alcuni paesi europei, ma ancora avallato dalla Corte di giustizia (con la sent. del 15 luglio 2020 a favore dell'Irlanda e di Apple).

L'opinione pubblica ha improvvisamente scoperto il problema del rapporto tra diritto UE e diritti nazionali, dopo la sentenza della Corte di Karlsruhe sulla Bce, che, a torto o a ragione, conferma la sua pluridecennale giurisprudenza sul primato del diritto interno.

Nelle società le disuguaglianze che già c'erano si sono accentuate drammaticamente, e nuove si manifestano. I maggiori rischi sanitari sono corsi da lavoratori deboli e sottopagati (drivers, commessi, paramedici, ...). Il lavoro precario e irregolare è rimasto senza protezioni. Il digital divide ha accentuato le disuguaglianze tra bambini e ragazzi. Si è palesata l'inconsistenza della via individuale alla protezione dei diritti. Mentre la Cassazione inventava danni esistenziali e garantiva congrue cifre ai vincitori della lotteria forense, ospedali e personale medico perdevano risorse e capacità funzionale.

Si fa il paragone con la guerra, ma durante la guerra si preparava il futuro: il rapporto Beveridge è del 1942, gli accordi di Bretton Woods del 1944. E oggi? Nuove idee non mancano, ma non trovano spazio nei progetti dei governi.

I giuristi, giustamente, discutono delle conseguenze della pandemia sul diritto civile, e analizzano alla sua luce l'impossibilità dell'inadempimento,

la forza maggiore, la sopravvenienza negoziale, la causalità dell'omissione nella responsabilità civile e altro. Qualcuno spinge il suo sguardo oltre. Speriamo siano in molti. Mai come oggi si avverte l'importanza di una cultura critica del diritto.

*Diritto postmoderno o regressione premoderna?**

SOMMARIO: 1. Fine della “grande narrazione” della modernità giuridica? – 2. Dalla neomodernità del progetto costituzionale al diritto senza progetto – 3. Sistema delle fonti, dialogo tra le Corti, nomofilachia – 4. Giurisprudenza creativa e Stato sociale di diritto – 5. Una legislazione che cresce «in volume e in deformità» – 6. Il legislatore schizofrenico. Il caso del danno non patrimoniale – 7. Neoliberalismo, ordoliberalismo e rifeudalizzazione – 8. Postmoderno e premoderno – 9. Poche parole sulla “dottrina”.

1. Fine della “grande narrazione” della modernità giuridica?

Che cosa si intende quando si parla di diritto postmoderno? Per qualcuno, è un ritorno al premoderno: la fine della lunga parentesi della modernità giuridica. Una suggestione avvalorata da quanto scriveva alla fine del Settecento Gaetano Filangieri¹.

«Ahi! I nostri codici sono ancora quelli della nostra infanzia. Si è creduto di doversi fare di tempo in tempo alcune addizioni a questi codici, queste nuove leggi si sono fabbricate sul piano delle antiche, dalle quali i nostri governi non hanno ardito d'allontanarsi, e che si lasciano sussistere tutte insieme. A questa raccolta immensa; a questo mosaico di centomila pietre di diversi colori accozzate senza ordine e senza proporzioni, si è dato il nome di giurisprudenza. Nel tempo della nostra maturità noi non abbiamo fatto altro che moltiplicare il numero di queste pietre. La massa è cresciuta in volume e in deformità».

La citazione riecheggia critiche recenti alla legislazione e alla giurisprudenza “postmoderna”.

Sull'assonanza tra il diritto premoderno e quello che oggi si usa chiamare postmoderno tornerò nelle pagine finali.

La categoria del postmoderno è nota e utilizzata nelle più diverse discipline a partire dalla pubblicazione de “La condizione postmoderna”

* Pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 865-882. Il contributo rielabora la relazione tenuta il 23 settembre 2017 a Leonessa nel corso del seminario interdisciplinare “A proposito del diritto post-moderno” promosso dal Dottorato in Discipline giuridiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

¹ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I, Napoli 1780-Roma 1984, p. 123.

di J.F. Lyotard². La caratteristica della società postmoderna è per lui la fine della “grandi narrazioni” (illuminismo, idealismo, marxismo, cristianesimo, capitalismo) che avevano variamente legittimato l’idea, tipica della modernità, della storia come progresso. «Semplificando al massimo, possiamo considerare “postmoderna” l’incredulità nei confronti delle meta narrazioni», scrive Lyotard.

La sua tesi trova convergenze con significativi orientamenti filosofici dello stesso periodo, e in particolare il neopragmatismo di R. Rorty, il decostruzionismo di J. Derrida (a lungo egemone nelle università statunitensi), il «pensiero debole» teorizzato da G. Vattimo. Questi autori hanno applicato il loro impianto concettuale al fenomeno giuridico³. L’elemento comune a queste impostazioni può essere considerato la relativizzazione di ogni giudizio, fino al nichilismo. N. Irti ha usato quest’ultimo termine nel significato di descrizione del punto di arrivo della positivizzazione del diritto, propria della modernità, che ha privato la dimensione giuridica di ogni riferimento a valori metagiuridici⁴.

È in questo senso che negli Usa si è fatto ricorso alla categoria del postmoderno per descrivere non le condizioni del diritto vigente, ma le scuole giuridiche che in vario modo negano l’esistenza di realtà o fatti giuridici suscettibili di un’interpretazione razionale e oggettiva.

G. Minda⁵ ha dato un elenco (probabilmente troppo ampio) di movimenti dottrinali che possono essere ricondotti a questo significato del “postmoderno”.

In Italia la locuzione “diritto postmoderno” è utilizzata come descrizione del diritto vigente, ed è diventata di uso comune da parte di studiosi delle più diverse discipline (diritto civile, penale, amministrativo), oltre che da filosofi del diritto⁶.

Per quanto concerne la periodizzazione, P. Grossi⁷ la fa risalire alla

² F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Parigi, 1979 (tr. it., Milano, 1985).

³ R. RORTY, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1990, pp. 1811 s.; J. DERRIDA, *La forza del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 193 s.; G. VATTIMO, *Fare giustizia del diritto*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di G. Vattimo e J. Derrida, Roma-Bari, 1998; ID., *Nichilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, 2003. Cfr. l’analisi e i riferimenti in M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 207 s.

⁴ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*³, Roma-Bari, 2005.

⁵ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001.

⁶ È interessante che sia utilizzato e discusso anche dal Presidente della Cassazione G. CANZIO, *Nomofilachia, dialogo fra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, c. 69.

⁷ Del Novecento giuridico come secolo post-moderno parla P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

legislazione speciale (a partire da quella adottata durante la prima guerra mondiale), e alla progressiva perdita di centralità della “forma codice” (processo che egli vede con favore).

Di solito, peraltro, se ne parla a proposito della condizione giuridica più recente, che comporterebbe la perdita di rilevanza unificante dei modelli normativi e delle categorie tradizionali: la fine della grande narrazione della modernità giuridica. In primo luogo, il riferimento è alla figura del “giudice legislatore”, con il suo portato di soggettivismo interpretativo. Si guarda a questa condizione in modo critico, o la si accoglie con entusiasmo⁸.

Si segnalano inoltre, come elementi del postmoderno giuridico, la pluralità delle fonti (con la nuova rilevanza di quelle sovranazionali, in particolare del diritto europeo); e la sovrabbondante quantità e la cattiva qualità dell'intervento legislativo.

2. *Dalla neomodernità del progetto costituzionale al diritto senza progetto*

Il ricorso ai principi, alle clausole generali, all'interpretazione conforme a Costituzione (elementi che concorrono a definire il quadro della postmodernità) era peraltro già presente nella cultura e nella prassi giuridica del secondo dopoguerra. Era però inserito nel quadro di un progetto complessivo: l'attuazione dei valori del nuovo costituzionalismo sociale. Mengoni e Castronovo⁹, riflettendo sulla “secolarizzazione del diritto privato”, osservarono che «il luogo evacuato dalla trascendenza» — aspetto tipico del positivismo che caratterizza, a partire dall'800, la modernità giuridica — è colmato, nelle Costituzioni lunghe del secondo dopoguerra, dai valori sociali inseriti nell'ordinamento giuridico, in posizione di supremazia rispetto al diritto vigente. Sono valori che hanno «una funzione critica e di trasformazione analoga a quella un tempo riconosciuta ai valori del mondo metafisico» (sia religiosi sia del diritto naturale). Il modello costituzionale novecentesco, attribuendo ai valori fondamentali il carattere di diritto positivo, sottomette il diritto vigente ai contenuti e al controllo di criteri di giustizia materiale.

⁸ Cfr. rispettivamente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 s.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

⁹ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in *Jus*, 1981, pp. 3 ss. e in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri e G. Dilcher, Milano, 1981, pp. 1171 s.

Questa riflessione inquadra bene la logica del diritto dell'“età dell'oro”, la funzione unificante svolta dai valori costituzionali¹⁰.

Alcuni tratti della modernità giuridica, come l'interpretazione il più possibile vicina al “significato delle parole usate” e alle “intenzioni” del legislatore e la legislazione che opera mediante norme generali e astratte, furono già superati in questa fase dalla interpretazione “costituzionalmente orientata” e dal carattere non eccezionale della legislazione interventistica.

Ma questo superamento avvenne, come si è detto, all'interno di un “progetto” (l'attuazione dei valori costituzionali). Di conseguenza, le grandi categorie del diritto privato non furono dissolte o abbandonate, ma se ne propose una struttura (e una funzione) diverse, per la proprietà, per il contratto, per la responsabilità civile, ecc. In questo senso, può parlarsi, per la seconda metà del secolo scorso, non della fine, ma di una differente costruzione della modernità del diritto: di un diritto neomoderno, se si vuole.

Gli odierni processi economici e giuridici hanno dissolto l'ethos unificante, il «senso di comunità» tra i cittadini di uno Stato. Il «dilemma» enunciato da Böckenförde quando parla del conseguente deficit di legittimazione dello «Stato liberale secolarizzato», che «vive di presupposti che di per sé non può garantire», si dispiega pienamente¹¹.

L'ethos unificante costituito dai valori del costituzionalismo novecentesco è venuto meno nell'Occidente contemporaneo. La ragione è duplice: da un lato, una crisi di effettività, dall'altro, lo snaturamento di quei valori, progressivamente privati della dimensione sociale¹².

Quanto al primo aspetto, il quadro costituzionale della modernità presuppone una tensione tra i valori proclamati e la realtà del diritto vigente. Ciò è reso esplicito in più punti della nostra Costituzione, e in particolare nel secondo comma dell'art. 3.

Quando però la tensione diviene un baratro, come nell'odierno diritto della globalizzazione, il problema del senso di valori non effettivi, e del cui inveramento si perdono anche le tracce, apre il dubbio: stiamo in realtà assistendo alla “morte dei valori”, anche se inseriti in testi costituzionali?

Parallelamente, si assiste allo snaturamento della dimensione valoriale. Parole come dignità, diritti, solidarietà, eguaglianza, ricorrono decine di volte nei testi fondativi del diritto europeo. Ma la loro dimensione

¹⁰ Mi sono soffermato su questi aspetti in C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 81 s.

¹¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, 2007, pp. 182 s.

¹² Più ampie riflessioni in proposito in C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Soveria Mannelli, 2017, pp. 137 s.

normativa è prevalentemente statica, abbandonando la funzione critica, di trasformazione, di progettualità normativa che era stata propria dei valori del costituzionalismo novecentesco.

Si spiega così la banalizzazione dei valori costituzionali che caratterizza l'odierno giusliberismo (v. oltre, § 4).

3. *Sistema delle fonti, dialogo tra le Corti, nomofilachia*

Sono queste le ragioni per le quali di crisi della modernità, che può giustificare la nozione di “postmoderno”, può parlarsi solo per un periodo più recente. La periodizzazione più utile, allora, può individuare nelle linee generali tre fasi: la modernità giuridica, che ha nel Code civil il suo monumento, e corrisponde all'affermazione del capitalismo come forma generale dei rapporti economici e sociali. La neomodernità del costituzionalismo novecentesco, espressione del compromesso tra capitale e lavoro. E il postmoderno, corrispondente all'odierno modo d'essere dei rapporti economici e del ruolo delle istituzioni (in proposito v. oltre, §§ 7 e 8).

Alla fine del § 1 ho ricordato i tre aspetti che vengono considerati espressivi della fenomenologia giuridica postmoderna.

Anzitutto la nuova articolazione del sistema delle fonti.

Castronovo¹³ ha sottolineato il ruolo crescente di quelle sovranazionali (in particolare le sentenze della Corte di giustizia UE), che superano il principio della statualità del diritto, e adottano tecniche normative che hanno fatto parlare¹⁴ di interpretazione impossibile con i metodi tradizionali: non c'è un testo — sono usate lingue diverse — non ci sono i lavori preparatori — la Commissione discute e decide in segreto — e non c'è il “sistema”.

Vi è certo una relazione con l'odierno giusliberismo, che si esprime soprattutto nella sostituzione del giudizio equitativo del magistrato a quanto stabilito dalla legge o dall'autonomia privata, sulla base di un uso tanto ampio quanto banalizzante dei principi costituzionali.

Sono interessanti le considerazioni svolte in proposito da G. Canzio¹⁵, secondo il quale la causa di questo fenomeno è anzitutto nel «pluralismo

¹³ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

¹⁴ P.G. MONATERI, «*Jumping on someone else's train*». *Il diritto e la fine della modernità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 123 s.

¹⁵ CANZIO, *Nomofilachia, dialogo fra le corti e diritti fondamentali*, cit., pp. 69 s.

delle fonti, insieme col pluralismo valoriale e assiologico che ne consegue», che rende «instabile l'agire dell'interprete». Gli antidoti sono da lui indicati nel «dialogo fra le Corti» e nella funzione nomofilattica della Cassazione. Per la verità, nessuno dei due antidoti sembra idoneo a frenare la creatività della giurisprudenza.

Il «dialogo fra le Corti» incontra il limite della differenza valoriale e sistemica tra i testi della modernità (sia la Costituzione che il Codice civile) e quelli del diritto sovranazionale (in particolare di quello europeo). Se la Cassazione parla della necessità di un'interpretazione conforme al diritto europeo (8-4-2016, n. 6891), e tuttavia si riconosce la differenza valoriale e assiologia di tale diritto con le norme costituzionali, a quale dei due sistemi dovrà rivolgersi il giudice per “conformarvi” la sua interpretazione?

La funzione nomofilattica, a sua volta, non sembra la preoccupazione principale dei giudici che dovrebbero assicurarla, di fronte alla fenomenologia recente (sentenze-saggio, rapide modificazioni di orientamenti delle stesse sezioni unite, “disobbedienza” di fronte ai principi da queste affermati). Probabilmente, quindi, il problema è più complesso.

4. *Giurisprudenza creativa e Stato sociale di diritto*

La critica (o l'elogio) dell'espansione del potere del giudice, che si esprime nella libertà interpretativa sempre più apertamente rivendicata e praticata, è stata svolta in questi anni più volte, anche da chi scrive, e non è il caso di tornarvi. La fenomenologia e la casistica sono note¹⁶.

Ed è stato anche segnalato che l'argomento retorico utilizzato dalla giurisprudenza creativa è il ricorso alle norme costituzionali, banalizzate e svuotate della loro dimensione sociale¹⁷.

La tecnica della giurisprudenza creativa crea infatti collegamenti ad *hoc* tra le clausole generali codicistiche e le norme costituzionali.

Andrebbe riletta la pagina nella quale Luigi Mengoni spiega perché, invece, «alla nozione costituzionale di solidarietà non può essere avvicinato

¹⁶ Il secondo capitolo del libro di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., pp. 87 s., contiene un'ampia rassegna di sentenze “creative”.

¹⁷ Per L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1192, i giudici «guardano alla Costituzione come ad una sorta di elenco sofisticato dal quale prelevare l'argomento di volta in volta ritenuto utile per legittimare una certa decisione».

il concetto civilistico di buona fede»¹⁸.

Mi interessa però qui segnalare un altro aspetto: il rapporto tra giusliberismo e democrazia. Luigi Ferrajoli¹⁹ ha spiegato la criticità sul versante dei rapporti tra i poteri: nello Stato di diritto tutti i poteri sono soggetti alla legge, e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione. La giurisprudenza creativa contrasta con il principio (costituzionale) della soggezione del giudice alle leggi, e quindi con il principio di legalità, sul quale «si regge l'intera struttura dello stato di diritto».

C'è da aggiungere che questa alterazione dei rapporti tra i poteri non è socialmente neutrale. L'intera storia della modernità è percorsa da una teoria e da una prassi del potere giudiziario come guardiano della proprietà e della libertà economica. Fu James Madison il primo a teorizzare questa funzione (nei saggi 10 e 78 de *Il federalista*); la storia successiva ne ha visto molteplici manifestazioni, fino alla giurisprudenza odierna delle corti europee²⁰.

Particolarmente interessante sotto questo profilo è il ruolo svolto dalla Corte di giustizia del Lussemburgo, che ha "creato" sia l'applicabilità diretta delle norme europee (Van Genden, 5 febbraio 1963) sia la loro supremazia sul diritto interno anche costituzionale (Costa, 15 luglio 1964), entrambe non previste dai trattati, e che oggi interpreta le norme europee dando preminenza alle quattro libertà economiche rispetto ad altre norme o principi²¹.

Naturalmente, l'odierna giurisprudenza creativa non può essere ricondotta prevalentemente a questo paradigma.

E tuttavia è quanto meno vero che la dimensione sociale della giurisprudenza creativa, nei rapporti patrimoniali, si esaurisce nella decontestualizzazione del conflitto collettivo a vantaggio di una logica equitativa individualistica. Il parametro costituito dal nesso tra doveri di solidarietà ed eguaglianza sostanziale (sul quale richiamava l'attenzione Mengoni²², e che era a fondamento dello Stato sociale novecentesco) sfugge completamente al suo orizzonte.

¹⁸ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1988, p. 49.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016.

²⁰ Ne parlo in SALVI, *Teologie della proprietà privata*, cit., pp. 95 s.

²¹ Interessante è la relazione dell'ex giudice della Corte costituzionale tedesca D. GRIMM, *Quand le juge dissout l'électeur*, in *Le Monde diplomatique* (Juillet 2017), p. 19.

²² MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, cit., p. 50.

5. *Una legislazione che cresce «in volume e in deformità»*

Il terzo fattore del postmoderno è quello che potremmo definire il “cattivo legislatore”: una legislazione «cresciuta in volume e in deformità»²³. Il fenomeno è noto, e ne esamineremo tra breve una significativa manifestazione.

In effetti, quel che si è detto per il giudice vale anche per la legge.

La logica dell'intervento legislativo è oggi priva della bussola costituita dall'idea dell'attuazione dei principi della Carta fondamentale.

La produzione di una selva di norme molto specifiche, talvolta contraddittorie e continuamente modificate, costituisce spesso la risposta alle richieste settoriali che provengono dai diversi segmenti di una società sempre più parcellizzata.

La situazione, rispetto al sistema del diritto privato, è quindi diversa da quella che caratterizzò la “legislazione speciale” novecentesca.

Non abbiamo più il rapporto tra il sistema del Codice, basato sui principi dell'individualismo patrimonialista, e la legislazione c.d. speciale, ispirata ai principi costituzionali.

L'odierna fenomenologia legislativa, invece, aggiunge al sistema del Codice molteplici norme, che ne modificano singoli aspetti, senza alterarne la logica complessiva, e senza coerenza con una ispirazione autonoma e unitaria.

La dilatazione, frammentazione, cattiva qualità dell'intervento legislativo concorre al crescente rilievo del potere giudiziario.

L'espansione della discrezionalità giudiziaria è quasi inevitabile davanti a testi legislativi confusi, contraddittori, che si succedono modificando a volte dopo pochi giorni quanto sia già stabilito²⁴, al degrado del linguaggio legale e delle tecniche legislative (si pensi alle nuove figure giuridiche dall'oscuro contenuto come «gli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela», o i «diritti edificatori», introdotte da decreti legge prolissi ed eterogenei, direttamente ed esclusivamente nella disciplina della trascrizione: art. 2645-ter e art. 2643 n. 2-bis).

Si aggiunga un altro aspetto che concorre, in Italia, alla supplenza giudiziaria: l'omissione legislativa. Ne abbiamo visto molti casi a proposito del diritto di famiglia e delle persone, dal biodiritto alla tutela dei diritti degli omosessuali, al cognome familiare. In assenza di un intervento legislativo

²³ Per usare le parole di Filangieri: v. sopra, § 1.

²⁴ Come la legislazione fiorentina criticata da Dante: «fai tanto sottili provvedimenti, ch'a mezzo novembre non giugne quel che tu d'ottobre fili», *Purgatorio*, VI, 142-144.

(richiesto talvolta, come negli ultimi due casi, dalla Corte costituzionale) i giudici decidono loro: il “giudice legislatore” elogiato da Lipari²⁵.

6. *Il legislatore schizofrenico. Il caso del danno non patrimoniale*

Tra le cause della cattiva qualità e dell’inflazione quantitativa della legislazione, come dicevo, è la scelta di tutelare interessi settoriali (e talvolta clientelari).

Una vicenda molto recente e istruttiva è la disciplina legislativa dei criteri di quantificazione del danno biologico.

Com’è noto, il *quantum* risarcitorio del danno biologico incontra diversi problemi.

Il primo, comune a tutte le figure di danno non patrimoniale, è quello del criterio di individuazione della somma monetaria dovuta per una perdita per definizione non misurabile in denaro (essendo privo di senso, come ho avuto modo di osservare²⁶, il principio del “risarcimento integrale” operante per il danno patrimoniale). Il secondo, il rispetto del principio di eguaglianza (per danni eguali, eguali risarcimenti). Ma anche la c.d. personalizzazione, cioè l’eventuale somma aggiuntiva motivata da particolari condizioni soggettive della vittima. Infine, l’eventuale autonoma risarcibilità del danno morale (ed eventualmente anche di quello c.d. esistenziale).

Una disciplina legislativa, che ripristini la certezza del diritto, è quindi opportuna.

In nome del principio di eguaglianza e della certezza del diritto, la Cassazione (7-6-2011, n. 12408) era intervenuta affermando il valore generale dei criteri adottati dal Tribunale di Milano, «da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentare o ridurre l’entità».

Su questo tema, il Parlamento è intervenuto tre volte nella prima metà del 2017.

La legge 8-3-2017 n. 24 sulla responsabilità sanitaria (ottimo esempio di pessima legislazione)²⁷ ha stabilito anzitutto, al 4° co. dell’art 7, che il

²⁵ N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, c. 492 s.

²⁶ C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale: una missione impossibile*, in *Europa dir. priv.*, 2014, pp. 517 s.

²⁷ Per i numerosi aspetti che motivano questo giudizio v. per tutti R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2017, V, cc. 161 s.; A. PALMIERI-R.

danno (non aggettivato) causato dall'attività sanitaria è risarcito in base alle tabelle previste dagli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private; trascurando il fatto che quella più importante, concernente i danni di non lieve entità, dopo dodici anni dall'entrata in vigore della normativa che la prevede non è stata ancora approvata. È chiara l'intenzione di calmierare il *quantum*; dubbia l'efficacia; potremmo parlare qui di "legislatore insipiente".

Inoltre, è riproposta la tecnica della quantificazione legata ai caratteri dell'attività lesiva; laddove la ricordata sentenza della Cassazione aveva giustamente sottolineato la necessità di rispettare, nel risarcimento del danno biologico, il principio di eguaglianza.

Infine, l'art. 7 co. 3 prevede la riduzione del *quantum* sulla base di una valutazione giudiziale della condotta del professionista ai sensi di quanto la legge medesima prevede circa le linee-guida e le buone pratiche, nonché del (nuovo) art. 590-*sexies* c.p. (altro capolavoro, che prevede una peculiare esimente, a determinate condizioni, per la colpa da imperizia).

La dottrina ha già segnalato le incoerenze e le problematiche interpretative poste da questa norma²⁸.

Più abili mani hanno scritto l'art. 8 della legge sulla concorrenza (4-8-2017, n. 124). Gli autori della norma sono consapevoli del fatto che un recente orientamento della Cassazione (9-6-2015, n. 11851; 20-4-2016, n. 7766) afferma la risarcibilità del danno morale, inteso in senso ampio, come voce autonoma e aggiuntiva rispetto a quello biologico, "personalizzato" o meno.

L'art. 8 ha riscritto gli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni con il dichiarato intento (la norma parla di «razionalizzare i costi gravanti sul sistema») di eliminare o contenere le aree di potenziale aumento del *quantum* risarcitorio. Il nuovo art. 138 è intitolato al risarcimento del danno "non patrimoniale" (e non solo di quello biologico). Il danno morale è risarcibile nei limiti previsti dall'emendata tabella (2° co., lett. e). In presenza di «specifici effetti dinamico-relazionali» l'aumento del *quantum* è limitato al 30 per cento (3° co.). Infine, la norma di chiusura: il *quantum* complessivo riconosciuto in base alla norma «è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche».

Vedremo se l'obiettivo sarà raggiunto (si intravede il danno "esistenziale" in agguato). È certo però che la normativa arriverà alla Corte

PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, ivi, c. 197 s.

²⁸ Per tutti PARDOLESI-SIMONE, *Nuova responsabilità medica*, cit., cc. 167 s.

costituzionale, che dovrà rispondere al quesito: è conforme al principio di eguaglianza che un identico danno biologico sia risarcito con criteri diversi (meno se derivante da attività sanitaria o da circolazione stradale, più se da altre cause)²⁹?

Negli stessi mesi in cui ha approvato le due leggi di cui sopra, il Parlamento ha esaminato proposte dirette appunto a una disciplina uniforme del danno non patrimoniale.

Il disegno di legge presentato dall'on. Bonafede (n. 1063) partiva con il piede giusto: una riforma dell'art. 2059 del codice civile che, da una parte, recepiva le innovazioni giurisprudenziali, dall'altra attribuiva alla legge il compito di determinare il *quantum* (anche per la lesione di altri diritti della persona). Può essere utile riportare in nota il testo³⁰.

La Commissione giustizia della Camera ha eliminato la riforma dell'art. 2059, ma ha mantenuto l'introduzione nelle disposizioni di attuazione del Codice di una norma (art. 84-*bis*), per la quale il danno biologico e il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale sono liquidati sulla base di tabelle allegate alla legge (che riproducono quelle del Tribunale di Milano); il *quantum* può essere aumentato fino al 50% sulla base delle condizioni soggettive del danneggiato.

Il testo è stato approvato dalla Camera il 21 marzo 2017 e trasmesso al Senato (atto S. n. 2755), dove giace, mentre scrivo, nei cassetti della

²⁹ La questione era stata sollevata con riferimento all'art. 139, ma la Corte costituzionale la dichiarò inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio di merito (ord. 28-4-2011, n. 157).

³⁰ L'art. 2059 del codice civile è sostituito dai seguenti:

«Art. 2059 (Danno non patrimoniale). Il danno non patrimoniale è risarcibile qualora il fatto illecito abbia leso interessi o valori della persona costituzionalmente tutelati.

Il risarcimento del danno non patrimoniale ha ad oggetto sia la sofferenza morale interiore sia l'alterazione degli aspetti dinamico-relazionali della vita del soggetto leso.

Art. 2059-*bis* (Risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione del diritto alla salute). Il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito, è determinato in base ai criteri di cui all'art. 84-*bis* delle disposizioni per l'attuazione del presente codice.

La sofferenza morale può essere liquidata, se allegata e provata, in una percentuale del danno biologico, da determinare equitativamente da parte del giudice.

Art. 2059-*ter* (Risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione di altri diritti). Il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi o valori della persona tutelati dalla Costituzione e diversi dal diritto alla salute è determinato dal giudice secondo i criteri di valutazione previsti dalla legge.

In assenza dei criteri di valutazione previsti dalla legge, il giudice determina il risarcimento del danno non patrimoniale di cui al primo comma mediante valutazione equitativa».

Commissione giustizia.

Naturalmente, questo testo può essere variamente valutato; ma certamente propone una soluzione ragionevole, e soprattutto, rispettosa del principio di eguaglianza. Inoltre, definisce direttamente le tabelle, senza rinviare a successivi decreti del governo.

Ho voluto raccontare questa vicenda legislativa perché mi sembra che se ne possa trarre qualche indicazione sul legislatore postmoderno.

Anzitutto, sullo stesso tema, nello stesso arco temporale di pochi mesi, con lo stesso governo e la stessa maggioranza, sono stati approvati (nel terzo caso solo da un ramo del Parlamento), tre normative differenti.

In secondo luogo, il legislatore sembra indifferente alla questione più rilevante sul piano democratico, quella del *quantum* risarcitorio per la lesione dei diritti della personalità, nella quale configgono diritti di libertà entrambi costituzionalmente rilevanti, con il rischio di effetti deterrenti sulla libertà di informazione³¹. Questo mi pare il vero tema posto, ma non affrontato, dal rilancio della tematica dei danni punitivi a seguito della sent. della Cassazione s.u. 5-7-2017, n. 16601.

Il tema era stato affrontato nell'art. 2059-ter nella proposta dall'on. Bonafede³². La norma attuativa prevedeva peraltro solo la pubblicazione annuale da parte del ministero della giustizia di una raccolta delle sentenze in materia.

La ragione di questa schizofrenia legislativa e della segnalata omissione deriva anzitutto dall'odierna settorializzazione della politica, e quindi dell'attività parlamentare. Dell'economia si occupa la commissione competente, nella quale confluiscono gli esperti (o presunti tali) dei partiti, e si svolge la corrispondente attività lobbistica (resa nota con riferimento all'art. 8 della legge sulla concorrenza da intercettazioni pubblicate da un quotidiano)³³. Lo stesso, *mutatis mutandis*, per la sanità. Mentre nella Commissione giustizia sono presenti i giuristi, che (almeno in questo caso) sanno quello che fanno, di fronte a temi non "politicizzati".

Quello che manca è l'indirizzo politico generale. Si può criticare il giudice legislatore se c'è un legislatore del "caso concreto"?

³¹ Basti ricordare il caso del giornalista Formigli, condannato dal Tribunale di Torino a versare 5 milioni di euro alla Fiat per un servizio televisivo nel quale si esprimeva qualche dubbio sulle qualità di un modello della casa automobilistica. Fortunatamente la Corte d'appello di Torino (28-10-2013) ha poi annullato la sentenza di primo grado (e condannato la Fiat alle spese).

³² V. sopra nt. 30.

³³ *La Stampa*, 21 luglio 2017.

7. Neoliberalismo, ordoliberalismo e rifeudalizzazione

C'è però qualcosa di più, che rimanda al nesso tra la fenomenologia giuridica del postmoderno e l'odierna struttura neoliberista del capitalismo. Del resto, come si è ricordato³⁴, l'era neoliberista del diritto europeo nasce con il giudice (europeo) legislatore degli anni '60 del secolo scorso.

Negare questo rapporto significherebbe (tornare a) ritenere che il diritto viva in un mondo separato e astratto della configurazione dei rapporti economici.

Meno facile è però andare più in profondità, evitando il rischio della petizione di principio.

Il primo aspetto da considerare riguarda i caratteri differenziali del neoliberalismo rispetto al suo antenato ottocentesco: per dirla in breve, per il secondo la libertà economica e il mercato sono garantiti dall'eliminazione delle norme che possano ostacolarli; per il neoliberalismo, invece, è compito della politica (e quindi del diritto) creare il mercato "ottimale". Luca Nivarra in un recente saggio³⁵ ne ha tratto le implicazioni più drastiche sul ruolo della giurisprudenza: per lui l'odierna "epoca ordoliberal" ha «trasformato i giudici in funzionari di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta», e ha indotto il legislatore, con il medesimo obiettivo, a una produzione normativa che «si succede freneticamente, correggendo e arricchendo gli strumenti a disposizione dei custodi del mercato».

L'argomentazione è persuasiva, ma parziale: non tutta la produzione legislativa e non tutta la giurisprudenza creativa sono il prodotto dell'ordoliberalismo. La fenomenologia del post-moderno si spiega a mio avviso anche con altre ragioni.

Al riguardo è utile anzitutto ricordare che l'odierno neoliberalismo non si presenta con un volto unico, e le sue varianti non sono indifferenti per il nostro ragionamento. La distinzione principale passa tra gli eredi della scuola austriaca (von Hayek, Mises), per la quale i fattori devianti sono essenzialmente i vincoli sociali introdotti nel Novecento, che vanno eliminati. Questo orientamento è alla base del neoliberalismo anglosassone, e delle sue regole giuridiche.

Per la scuola tedesca riunita intorno alla rivista *Ordo* (dalla quale ha

³⁴ V. sopra, testo alla n. 21.

³⁵ L. NIVARRA, *Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero da un paradigma all'altro*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 801.

tratto il nome di ordoliberalismo, reso famigerato dalla lettura inquietante che ne ha dato M. Foucault), il ruolo dello Stato è riconosciuto per assicurare il carattere concorrenziale del mercato, ma anche la coesione sociale, considerata necessario complemento del primo.

Gli autori più influenti della scuola, come W. Röpke e F. Böhm, furono autorevoli esponenti della CDU e ispiratori della “economia sociale di mercato” nella Germania del ventennio successivo alla guerra.

Oggi la dimensione sociale dell'ordoliberalismo è in larga misura evaporata; è rimasta l'ossessione del continuo intervento normativo per rendere ottimale il mercato concorrenziale.

Tuttavia, come dicevo, c'è dell'altro. Già Böhm, uno dei padri dell'ordoliberalismo, aveva segnalato il rischio della «rifeudalizzazione della società»: gruppi di interesse inducono lo Stato «a porsi al di sopra delle regole del gioco dell'ordinamento vigente a favore di un gruppo e a scapito di altri gruppi di cittadini»³⁶.

Formulazione di recente ripresa da Massimo De Carolis³⁷, che considera la rifeudalizzazione oggi il «problema cruciale», accentuato dal fatto che la soluzione neoliberista, nelle sue diverse varianti, risulta «profondamente in crisi, se non addirittura del tutto fallita».

Se l'altra faccia del neoliberismo è la rifeudalizzazione (nel significato di Böhm), è possibile intendere meglio la logica della legislazione postmoderna; e la vicenda del danno biologico, che ho prima ricordato, ne può costituire una esemplificazione.

I vincoli imposti dai mercati e dalle regole dell'austerità non consentono oggi di dispiegare una legislazione economica e sociale che esprima visioni e programmi autonomamente definiti. La ricerca del consenso avviene quindi attraverso un uso della legislazione per obiettivi a volte di demagogia propagandistica (il populismo dall'alto), altre volte — come nella vicenda del danno biologico; ma si potrebbero fare molti altri esempi — di protezione di interessi corporativi o clientelari.

Il peso di gruppi di pressione conduce così il legislatore postmoderno, contro la logica stessa del liberismo, a normative frutto di un intreccio opaco tra affari e potere: la rifeudalizzazione temuta da Böhm.

³⁶ F. BÖHM, *Wettbewerbsfreiheit und kartellfreiheit*, Ordo 10, 1958, pp. 167 s.

³⁷ M. DE CAROLIS, *Il fallimento del neoliberismo e la rifeudalizzazione*, Macerata, 2016.

8. *Postmoderno e premoderno*

Rifeudalizzazione, o «regressione premoderna», per dirla con Ferrajoli³⁸. Ritorna la domanda implicita nella citazione che apre questo scritto: quanto del postmoderno è in realtà premoderno? Padoa Schioppa paragona la «drammatica crisi di certezza del diritto in vigore» alla crisi del diritto comune del '700³⁹. Per Castronovo⁴⁰ si deve andare più indietro: «l'introduzione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali ricorda la fase nella quale il diritto barbarico aveva soppiantato il diritto romano», più che quella del tardo diritto comune.

C'è chi vede un processo di ri-medioevalizzazione dello Stato, in atto in Europa⁴¹: sovranità acefale, senza un comando supremo, ciascuna con la sua quota di risorse. Del resto, i caratteri postmoderni del diritto sono visti con favore da uno storico come Paolo Grossi⁴², la cui ricerca pluridecennale è tutta attraversata da una raffinata critica delle mitologie giuridiche della modernità, e dalla nostalgia per l'ordine giuridico medievale⁴³. Si condivide o meno questa idea di un "ritorno al passato", è certo che la fenomenologia giuridica postmoderna (diversificazione delle fonti, legislazione sovrabbondante e deforme, giurisprudenza creativa) si contrappone ai caratteri originari della modernità giuridica: monopolio nazionale delle fonti del diritto, "soggezione" del giudice alla legge, diritto civile basato sul principio di eguaglianza, e su categorie generali idonee a formare "sistema". Non sarà rifeudalizzazione, ma regresso, a mio avviso, sì. E se si condivide questo giudizio, forse la dottrina ha qualcosa da dire.

³⁸ FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit.

³⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 641.

⁴⁰ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 231.

⁴¹ J. ZIELONKA, *Disintegrazione*, Roma-Bari, 2015, che indica un modello neomedioevale come via d'uscita alla crisi della Ue. Di «riattivazione delle modalità feudali del legame sociale» parla A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Milano, 2006, p. 133, a proposito del depotenziamento del ruolo della legge a vantaggio del contratto nei rapporti di lavoro.

⁴² Da ultimo in P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1135 s.

⁴³ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*³, Roma-Bari, 2006; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*³, Milano, 2007.

9. Poche parole sulla "dottrina"

Poche parole conclusive. Se a qualcosa può servire il dibattito sul diritto postmoderno, è appunto consentire una riflessione sul ruolo della cultura giuridica. Sono state criticate la dottrina "corriva", lo pseudo-realismo che assume come dato da recepire la giurisprudenza creativa, il disimpegno dei giuristi⁴⁴. Mi sento di aggiungere, senza nessuna pretesa di esaustività, che l'iperspecialismo disciplinare, attento ai dati legislativi e giurisprudenziali così come sono, è utile, di fronte alla complessità del diritto odierno. Ma tale utilità viene meno, se la dottrina si limita a questo, ovvero teorizza la caotica complessità della fenomenologia giuridica postmoderna come una sorta di nuovo sistema. Si abbandona però così ogni spirito critico, e, prima ancora, il tentativo di comprendere la logica d'insieme della fenomenologia giuridica contemporanea, i suoi nessi con l'odierna configurazione del capitalismo e del sistema politico-istituzionale. Seguendo questa strada, si vedrebbe forse che i codici e le categorie giuridiche del diritto privato moderno, ancorché profondamente rivisitate, svolgono ancora un ruolo fondativo del "sistema". Per chi ne abbia voglia, c'è poi materia perché lo specialista provi a misurarsi con la progettazione di un "altro" diritto: con l'ideologia e la tecnica della riforma del diritto civile, come Stefano Rodotà proponeva mezzo secolo fa⁴⁵.

⁴⁴ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.; FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit.; R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, cc. 187 s.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, pp. 83 s.

L'efficienza della giustizia. *Norme astratte e tutela concreta dei diritti**

SOMMARIO: 1. Inefficacia della giustizia e tutela effettiva dei diritti – 2. L'aumento della domanda di giustizia come tendenza e come obiettivo. I nuovi diritti – 3. L'inefficacia delle leggi ed il ruolo del giudice. La «certezza del diritto» – 4. Un ripensamento della giurisdizione come garanzia dell'accesso alla giustizia – 5. I costi della giustizia. L'assistenza legale come servizio sociale – 6. Per una riorganizzazione democratica della domanda di tutela. Il giudice di pace – 7. I «rami alti» della giustizia. La riforma della cassazione – 8. La riforma del processo e delle tutele civili – 9. La riforma della giustizia amministrativa e contabile – 10. L'efficienza del sistema giudiziario.

1. Inefficacia della giustizia e tutela effettiva dei diritti

1.1. La giustizia, in Italia, è inefficace come «sistema» nel suo complesso, e non solo per singole e specifiche disfunzioni. La situazione presenta oramai tratti qualitativamente diversi rispetto sia ai discorsi sulla «crisi» della giustizia ricorrenti da decenni, sia alle problematiche discusse in altre società industriali. Le carenze antiche di ogni politica riformatrice, cumulandosi nel tempo, hanno determinato una situazione nella quale il cittadino che riesca ad ottenere in concreto attraverso la giustizia quanto secondo la legge gli spetta, rappresenta un'eccezione, e non la regola.

Il dibattito politico ed i *mass media* hanno attirato l'attenzione dell'opinione pubblica, in questi anni, sul processo penale. Occorre avere invece una visione complessiva dei problemi della giustizia. Per la giustizia civile, così come per quella amministrativa, costituzionale, tributaria, troppo spesso si può parlare di vera e propria denegata giustizia. La crisi è diversa da quella della giustizia penale, ma non meno preoccupante per i principi ed i valori che ne risultano compromessi.

1.2. Quali sono i mali più gravi? Anzitutto *la lentezza* (ma sarebbe meglio dire: la paralisi) *dei processi*. Quel che è peggio si tratta di un *trend* destinato ad aggravarsi perché aumenta costantemente il divario numerico tra i procedimenti che iniziano e quelli che si esauriscono.

* Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1987, IV, cc. 177 ss. Relazione al Convegno «Il diritto alla giustizia» organizzato a Roma il 30-31 gennaio e il 1° febbraio 1987 dal Partito comunista italiano. Il carattere dello scritto ha suggerito di limitare i riferimenti bibliografici alle sole citazioni testuali.

La durata del processo, per i costi non solo patrimoniali che arreca alle parti, penalizza quelle meno forti ribaltando in modo perverso il principio di eguaglianza sostanziale che è alla base del nostro ordinamento. È negato il diritto del cittadino ad avere una decisione sul merito della controversia entro un ragionevole periodo di tempo, previsto dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Per la violazione di questa norma lo Stato italiano è stato condannato dalla Corte europea di giustizia.

Può aggiungersi che le statistiche non possono tener conto della domanda potenziale che non diviene concreta perché la prevedibile durata ed il costo del processo dissuadono il cittadino dal rivolgersi alla giustizia. Anche questo fenomeno ha una caratterizzazione sociale. I soggetti forti possono ricorrere a forme alternative di giustizia privata e di soluzione concertata dei conflitti. La «fuga dalla giustizia» colpisce soprattutto i soggetti deboli ed i cittadini comuni, ai quali viene così negato il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 della Costituzione.

In secondo luogo, proprio l'abnorme durata dei processi ordinari rende sempre più frequente il ricorso alla tutela sommaria o anticipatoria.

La fase cautelare spesso è l'unica che veramente conta. Avvocati e giudici sono spinti inevitabilmente ad estenderne il campo di operatività. La tutela sommaria ed anticipata (i provvedimenti d'urgenza del pretore, i sequestri, le sospensioni degli atti amministrativi) ha ovviamente la sua importanza e la sua utilità non si può però non vedere gli elementi di distorsione che derivano dall'essere, questa, l'unica tutela veramente «effettiva». È meno garantista del processo ordinario e introduce seri pericoli di una giurisdizione autoritaria ed arbitraria.

1.3. Ma l'inefficacia della giustizia italiana risiede anche nelle *tecniche di tutela* predisposte. Per la giustizia civile queste sono rimaste pressoché le medesime definite con le codificazioni del 1942, pervase da una concezione patrimonialistica ed individualistica del diritto privato. Quei codici prevedevano appena le prime timide espressioni dei diritti della persona e concepivano la tutela civile essenzialmente come garanzia dell'equivalente monetario del bene leso. Importanti bisogni di giustizia – propri di una società democratica, industriale, di massa – sono destinati così a restare insoddisfatti, o a ricevere una protezione deformata e ridotta.

Per la giustizia amministrativa, rimane fermo un modello pensato con riferimento all'amministrazione della fine dell'Ottocento, e centrato sull'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. Molto spesso

questa tutela non ha oggi alcuna utilità per il cittadino, al quale interessa ottenere dai pubblici poteri ciò cui ha diritto e non vedere annullato – dopo anni e anni – un provvedimento, quando magari non potrà ricavarne alcun beneficio. E come credere poi che un sistema concepito per il ristretto ambito dei poteri autoritativi dello Stato liberale possa assicurare una giustizia efficace di fronte alla pervasiva presenza dello Stato sociale, che eroga prestazioni e servizi ed interviene nei campi più disparati della vita dell'individuo?

Una giustizia efficace richiede che sia eliminato lo scarto tra la proclamazione astratta di valori e di diritti, ed una tutela concreta ed effettiva del tutto inadeguata e talvolta assente. Il catalogo dei diritti del cittadino va riscritto insieme alla previsione delle forme di tutela adeguate, come fu fatto nello Statuto dei lavoratori.

I diritti che non sono traducibili in un equivalente economico (come i diritti della personalità), quelli non individuali (come l'ambiente), quelli comunque connessi a conflitti economici e sociali di ampie dimensioni (come i diritti dei consumatori), quelli all'informazione e ad ottenere la prestazione dovuta nei confronti dell'Amministrazione pubblica sono oggi molto spesso diritti scritti solo sulla carta.

1.4. In conclusione, parlare di *denegata giustizia* – soprattutto per i ceti più deboli e per i diritti più importanti – non è eccessivo. Le riforme di cui la giustizia italiana ha bisogno hanno un fine comune: la massima attuazione del principio costituzionale della tutela giudiziale come fondamentale diritto del cittadino. Si tratta di rendere pienamente effettivo questo diritto.

Che sia così in discussione un nodo fondamentale della questione della democrazia sarebbe anche inutile dire, se non servisse a segnalare il carattere riduttivo di una visione meramente «aziendalistica» dei problemi della giustizia.

L'efficienza è certo una componente importante dell'iniziativa per la giustizia efficace (e se ne parlerà più avanti), ma porre in termini esclusivamente efficientistici quello che è un grande problema sociale e politico significa impoverire il campo di discussione ed abbassare il tiro molto al di sotto degli obiettivi da perseguire.

2. *L'aumento della domanda di giustizia come tendenza e come obiettivo. I nuovi diritti*

2.1. Poco utile sarebbe una rassegna sulle «cause» della situazione che si è descritta, se non servisse ad intendere il complesso intreccio dei fattori e l'esigenza di un intervento riformatore a tutto campo, e guidato da una coerente visione di insieme. Occorre pensare a innovazioni di sistema, e non ad interventi marginali. Occorre invertire la tendenza a considerare i problemi della giustizia come questioni residuali e settoriali.

Le trasformazioni del ruolo della giurisdizione, ed i problemi che ne derivano per l'amministrazione della giustizia, sono comuni a tutte le società industriali di massa. La peculiarità italiana risiede sia nei caratteri di particolare gravità che quei problemi presentano, sia nella totale e pluridecennale carenza di un indirizzo politico volto a risolverli, sul piano delle riforme normative come su quello dell'azione di governo.

Viene anzitutto in considerazione l'*aumento della domanda di giustizia* e dei settori coperti dall'intervento giurisdizionale nelle democrazie moderne. Tale aumento ha le sue origini in diversi fattori. Anzitutto, nella capacità progressivamente ridotta del sistema politico-istituzionale a soddisfare in modo adeguato i bisogni essenziali, individuali e collettivi, sia di tipo tradizionale che di tipo «nuovo» (post-acquisitivo, come talvolta si dice). Il legislatore non appare in grado di fornire risposte efficaci e tempestive, sia per il prevalere degli interessi settoriali dei gruppi corporativi più forti sul mercato politico, sia (e questo è il dato più caratteristico della situazione italiana) perché il Parlamento non è posto nelle condizioni di legiferare sulle grandi questioni e secondo una visione coerente e di ampio respiro. La cronica inefficienza degli apparati amministrativi aggrava il *deficit* di risposta del sistema.

Trovando ostruiti i canali politici e burocratici, la domanda di «giustizia» si rivolge al canale giurisdizionale. Anche in questo senso si parla talvolta di «supplenza» del giudice. Effettivamente l'intervento giudiziale mostra i suoi limiti istituzionali, sotto il profilo qui considerato, per il suo carattere frammentario, occasionale, individuale. Ma la risposta non può essere quella di un freno alla giurisdizione, se contemporaneamente non si agisce sul versante del sistema politico ed amministrativo: altrimenti si escluderebbe ogni risposta istituzionale di fronte a conflitti e rapporti, che verrebbero lasciati alla logica della privatizzazione e del mercato, ed al dominio del più forte.

2.2. Ma il rifiuto dell'idea di rinvenire nella degiurisdizionalizzazione uno dei rimedi alla crisi della giustizia discende anche dal fatto che l'aumento «patologico» della domanda di giustizia (l'aumento causato cioè dall'inefficienza del circuito Governo-Parlamento e dell'Amministrazione) spiega solo una parte del fenomeno del sovraccarico giurisdizionale. Vi è anche un *aumento* che si può definire «*fisiologico*», nel duplice senso che esprime una tendenza connaturata alle società contemporanee, ed una tendenza che contiene un valore democratico, da guidare e razionalizzare ma non certo da contrastare.

Lo Stato sociale interviene a dare regolazione giuridica a rapporti che prima ne erano privi, o si affidavano alla semplice logica giuridica dell'autonomia privata fondata sul mercato, o alla dialettica sociale (si pensi alle locazioni urbane ed ai rapporti di lavoro), ed a garantire interessi e bisogni dell'individuo mediante prestazioni pubbliche. Poteri «privati» – come quello dell'impresa, o, su un altro versante, quelli esercitati all'interno della famiglia – tradizionalmente considerati come «spazi vuoti di diritto», vengono attratti nell'area della regolazione giuridica, garantendo forme di tutela ai destinatari dell'esercizio di quel potere.

Il consumo di massa, le innovazioni tecnologiche, la diffusione dei mezzi di comunicazione fanno assumere spiccata rilevanza ad interessi nuovi, che chiedono di essere configurati come «nuovi diritti»: il diritto del contraente debole ad una effettiva parità nel rapporto contrattuale, il diritto ad un messaggio pubblicitario veritiero e corretto, ad un ambiente salubre, alla tutela di persone e cose contro i prodotti difettosi, all'informazione, all'accesso ai mezzi di comunicazione, alla identità personale di fronte alle aggressioni ed alle distorsioni dei *mass media*, alla riservatezza di fronte ai sistemi di elaborazione computerizzata dei dati personali, fino al «diritto a un patrimonio genetico non manipolato» o al «diritto di decidere sulla vita e sulla morte» di cui si comincia a parlare di fronte alle nuove frontiere delle scienze mediche e biologiche.

Non ha molto senso parlare a questo proposito di una «supplenza» del giudice rispetto a funzioni che spetterebbero ad altri poteri (la legge, l'amministrazione). Anche la legge migliore e l'amministrazione più efficiente non potrebbero contrastare la tendenza a configurare i bisogni e gli interessi del cittadino di fronte allo Stato sociale e ai processi sociali contemporanei come veri e propri «diritti». Ed il riconoscimento di un insieme di bisogni e di interessi come «diritti» – cioè come situazioni sottratte alla pura logica dei poteri di fatto – significa considerarli situazioni giustiziabili.

Lo schieramento progressista e riformatore non può limitarsi a prendere atto di questa tendenza, ma deve al tempo stesso favorirla – fornendole gli strumenti per esprimersi nel modo più adeguato ed efficace – e razionalizzarla, per evitare che l'aumento qualitativo della domanda di giustizia si traduca in un ulteriore fattore di denegata giustizia, per i nuovi come per gli antichi diritti.

2.3. Sul secondo aspetto si tornerà più avanti. Quanto al primo, va notato che mentre comune è il problema della revisione delle tecniche giurisdizionali di tutela (v. oltre, paragrafo 8), quello della rimozione di ostacoli all'accesso alla giustizia si pone oggi soprattutto per i cosiddetti *interessi collettivi e diffusi*. Sia preferibile la scelta di inserire una norma generale che preveda la legittimazione ad agire e ad intervenire in giudizio a tutela di tali interessi nella normativa processuale (civile, penale ed amministrativa), oppure quella di collocare la disciplina delle azioni collettive nelle leggi che regolano le singole materie, un intervento legislativo è necessario, anche per superare le incertezze giurisprudenziali.

La riforma deve però ispirarsi alle ragioni di democrazia e di controllo sociale che ne sono alla base. Soluzioni burocratiche (come quella proposta dal governo nel disegno di legge sulla disciplina degli enti privati di interesse pubblico) o addirittura arretrate e restrittive (come nella recente legge istitutiva del Ministero dell'ambiente) sono controproducenti e vanno respinte. Il principio di effettività – che è alla base del discorso complessivo sul rinnovamento della giustizia – non sembra consentire soluzioni diverse dal controllo giudiziale sulla effettiva rappresentatività dell'interesse leso in capo al soggetto che intende agire o intervenire nel giudizio. Su tali basi, la più ampia legittimazione va consentita davanti al giudice civile, a quello amministrativo, ed al giudice penale ai fini della costituzione di parte civile (da svincolare, secondo la recente tendenza francese, dal diritto al risarcimento dei danni).

Naturalmente, la valorizzazione degli interessi non individuali e dei «nuovi diritti» non può limitarsi alla fase processuale, ma deve estendersi a quella sostanziale, creando o rafforzando una rete di controlli esterni al potere pubblico e privato, affidata all'iniziativa dei cittadini. Strumenti di intervento nei confronti di imprese che danneggiano consumatori ed utenti con prodotti difettosi o con messaggi menzogneri, diritto di accesso alle informazioni ed ai documenti, diritti di intervento di individui e di associazioni nel procedimento amministrativo, costituiscono strumenti di allargamento della partecipazione democratica, e possono anche prevenire la necessità del ricorso alla giustizia.

3. *L'inefficacia delle leggi ed il ruolo del giudice. La «certezza del diritto»*

3.1. Una causa non secondaria dell'inefficacia della giustizia è costituita dalla *trasformazione delle funzioni e dei caratteri della legge*. Si tratta, come è noto, di un fenomeno con radici profonde: la legge dello Stato sociale è cosa ben diversa dalla legge dello Stato liberale ottocentesco. Le leggi si moltiplicano, si frammentano, hanno ad oggetto settori sempre più ristretti; inoltre, essendo per lo più espressione di un compromesso politico e sociale, difficilmente si presentano come espressione di una «volontà» univoca e coerente. La frantumazione del modello della norma generale ed astratta – al quale corrispondeva l'idea del carattere meramente «applicativo» dell'interpretazione del giudice – è un dato irreversibile.

A ciò si aggiunge l'aumento delle fonti del diritto diverse dalla legge ordinaria. La legislazione regionale presenta del resto troppo spesso caratteri non diversi da quella nazionale. Particolare importanza vengono poi assumendo le *fonti sovranazionali*: i regolamenti comunitari, le convenzioni internazionali e le relative giurisdizioni. Nuove norme, nuovi diritti, nuove possibilità di tutela vengono così introdotte, spesso senza un'adeguata valutazione da parte del Parlamento e senza che i cittadini e gli stessi operatori del diritto ne siano sufficientemente informati.

Da tali fenomeni deriva un eccesso di norme e una moltiplicazione delle fonti, che a loro volta determina un *deficit* di giustiziabilità dei diritti, per l'insufficiente «controllo» di giudici ed avvocati sul diritto vigente e per la crescente imprevedibilità dell'esito delle controversie. A ciò si aggiungono gli effetti del controllo diffuso sulla costituzionalità delle leggi. Gli studi di sociologia del diritto mostrano il peso di questi fenomeni nell'incremento della litigiosità e nel prolungamento della durata dei giudizi.

L'idea però che questi problemi possano essere risolti invocando il «ritorno» della subordinazione assoluta del giudice alla legge è insieme irrealistica e regressiva. È irrealistica perché il mutamento della legge, che determina una discrezionalità maggiore nella determinazione giudiziale della regola per il caso concreto, è un dato strutturale dello Stato contemporaneo. E le stesse prospettive di «deregolazione» non implicano affatto una riduzione dell'area dell'intervento giudiziale o del tasso di «politicità» dell'interpretazione.

Ma quell'idea è anche regressiva. Il pluralismo dell'attività interpretativa è un aspetto – oltre che dei caratteri della legislazione – della democratizzazione della magistratura italiana. Ciò non vuol dire che una maggiore uniformità interpretativa sia obiettivo estraneo ad una visione progressista della giustizia, ma che non può essere posto secondo una

logica e con intenti di restaurazione.

D'altra parte, il carattere valutativo – e non meramente applicativo – del rapporto del giudice con la legge è un dato portante del nostro sistema. Basti considerare il potere attribuito ad ogni giudice di sollevare questione di costituzionalità sulle norme che è chiamato ad «applicare». Solo una concezione formalistica fino all'assurdo può far pensare che in tale operazione il giudice si limiti ad «applicare» un'altra norma, quella costituzionale. In realtà egli è chiamato a «criticare» la legge esistente, con un giudizio che ha indubbia valenza «politica».

3.2. Quanto detto non implica la rinuncia ad affrontare il nodo giudice-legge. La «certezza del diritto» è un mito, ma la tensione verso un diritto reso meno incerto da una legislazione più coerente e più razionale e da una giurisprudenza più prevedibile e qualitativamente più affidabile è un obiettivo da perseguire, se non altro per i valori democratici in gioco, a cominciare dall'eguaglianza dei cittadini. Non si tratta di invocare la deregolazione dei rapporti, né di svuotare l'interpretazione del carattere valutativo che assume nella società contemporanea. Ma una nuova «politica» tanto delle fonti, quanto della giurisprudenza, va certamente prospettata.

Per quanto concerne il primo aspetto, va detto anzitutto che l'incoerenza, l'instabilità, la difficile applicabilità, *la cattiva qualità delle leggi* italiane non discendono solo dalle trasformazioni dello Stato contemporaneo. Migliorare i caratteri della legislazione è possibile, ed è una seria e importante linea d'intervento. La questione non è solo o principalmente tecnica, ma politica e riguarda anzitutto la struttura e il ruolo del Parlamento, ed il suo rapporto con il Governo, con le autonomie regionali, con gli interessi organizzati. Come pensare ad una legislazione più coerente e chiara se il Parlamento legifera oramai quasi esclusivamente in sede di conversione di decreti legge che si succedono e si reiterano confusamente e continuamente? Come immaginare leggi univoche ed organiche con un Parlamento diviso in due Camere con identici poteri ed in decine di commissioni? Come «governare» una società differenziata e complessa se la legge statale invade continuamente il campo riservato alle Regioni, e se le competenze a queste riservate non vengono ampliate e ridefinite? E gli interrogativi potrebbero continuare, richiamando la cosiddetta legislazione contrattata, che riproduce tutte le ambiguità delle pattuizioni collettive.

Infine, l'efficacia delle leggi è condizionata in larga misura dalla mancata predisposizione delle strutture e degli strumenti per la loro attuazione,

dovuta spesso alla volontà politica e comunque alla responsabilità dell'esecutivo. Occorre introdurre un esame preventivo sulla «copertura» non solo finanziaria, ma anche amministrativa delle leggi, sulla loro concreta «fattibilità».

3.3. Dal tema delle fonti, nel loro rapporto con l'attività giurisdizionale, non può infine restare estraneo un accenno alla *delegificazione*. Su una questione così complessa, che coinvolge delicati problemi di organizzazione della democrazia e di riqualificazione degli apparati pubblici, è qui possibile solo un accenno, concernente i profili connessi al tema di questa relazione. Un processo esteso di delegificazione concorrerebbe certamente al cambiamento del tradizionale rapporto legge-giudice e si rifletterebbe sulla tutela dei diritti del cittadino, se non altro perché alcuni di questi verrebbero sanciti direttamente non da norme di legge, ma da atti formalmente amministrativi. Si aprirebbe così un capitolo in parte nuovo del tema dell'efficacia della giustizia, senza però che se ne possano attendere esiti risolutivi sul versante della riduzione della domanda di tutela giurisdizionale. Questa verrebbe anzi probabilmente a complicarsi, per il controllo sulla conformità alla legge (ed alla Costituzione) dell'atto normativo delegificato.

3.4. Sul versante del giudice, l'obiettivo di una maggiore prevedibilità delle decisioni, e quindi di una *maggior uniformità della giurisprudenza*, non è di per sé incompatibile con il ragionamento in precedenza svolto. Rimane ferma l'esclusione di ogni ipotesi di normalizzazione dall'esterno e di contestazione della legittimità del pluralismo interpretativo. Il problema però esiste, e va affrontato sia mediante un serio confronto culturale nella e con la magistratura, sia sul piano di riforme delle procedure e dell'ordinamento giudiziario che consentano alla magistratura medesima di ottenere dal proprio interno, per quanto possibile, il risultato auspicato.

Vengono così in rilievo due temi sui quali si tornerà più avanti. In primo luogo, quello della professionalità dei giudici, da affinare e rafforzare. Inoltre, il ruolo e l'attività delle «Corti supreme». Un lavoro più rapido e più qualificato di tali soggetti – accompagnato dall'autocontenimento nei propri compiti istituzionali – concorrerebbe a garantire una più ragionevole prevedibilità delle decisioni giudiziarie, e quindi una maggiore efficacia della giustizia.

4. *Un ripensamento della giurisdizione come garanzia dell'accesso alla giustizia*

4.1. Si è visto come l'aumento della domanda di giustizia sia una tendenza di fondo della società contemporanea, ed una tendenza da favorire, anzitutto con l'aumento della democrazia del sistema istituzionale, che consenta di farvi fronte *prima* che si ponga l'esigenza dell'accesso alla giurisdizione, ma anche assicurando poi l'effettiva giustiziabilità degli antichi come dei nuovi diritti.

Immediato è peraltro il rilievo del rischio che questa prospettiva comporta: quello che dall'aumento della domanda di giustizia derivi l'ulteriore riduzione dell'efficienza delle risposte che l'istituzione giudiziaria è in grado di dare. Dire che all'aumento della domanda si deve rispondere con un aumento dell'offerta di giustizia da parte dello Stato è certo necessario (ed il seguito della relazione sarà in buona parte dedicato a questo problema), ma non è sufficiente. Occorre anche porsi il problema della selezione delle forme di accesso alla giustizia, secondo criteri coerenti al ragionamento che si è fin qui svolto, e quindi tali da assicurare una risposta adeguata a tutte le domande di giustizia. D'altronde una *selezione di fatto già esiste*, ed è affidata alla logica del mercato e all'esclusione dei ceti deboli, incapaci di affrontare i costi e la durata del processo e non in grado di precostituirsì strumenti privati alternativi di risoluzione dei conflitti. Gli studi di sociologia del diritto hanno approfondito l'esame dei meccanismi di filtro mediante i quali il sistema – pur mantenendo formalmente il principio per il quale tutti hanno diritto alla tutela giurisdizionale – scoraggia e riduce quella domanda di protezione che in teoria dovrebbe essere accordata a tutti. Tra tali meccanismi, i principali sono *il costo e la durata dei giudizi*. Costi elevati – che rendono non economico il ricorso alla giustizia in proporzione al valore della controversia – e l'eccessiva durata dei processi svolgono la funzione di deterrente dell'accesso alla giustizia.

4.2. È evidente, d'altra parte, che proporsi di agire solo sui costi e sulla durata, senza rivedere radicalmente i modelli tradizionali di funzionamento della giustizia, sarebbe irrealistico. Un processo reso più conveniente economicamente e più rapido potrebbe determinare un aumento ulteriore della domanda di tutela, e quindi, paradossalmente, una maggiore inefficacia della giustizia. È vero peraltro che, al contrario, esso potrebbe fungere da deterrente rispetto ai giudizi iniziati da chi ha torto al solo fine di dilazionare il tempo dell'adempimento.

In ogni caso, per garantire a tutti l'accesso alla giustizia occorre *ripensare in profondità il modo di concepire la giurisdizione*. Questo si basa oggi sui due postulati dell'eguaglianza formale (tutte le cause e le parti in giudizio devono avere, in linea di principio, eguale trattamento) e del modello burocratico di giudice di derivazione francese (la «vera» giustizia è quella resa dal magistrato-funziario). Mantenendo fermi questi postulati, non è possibile assicurare un equo accesso alla giustizia. La selezione continuerà ad avvenire di fatto, a danno dei soggetti economicamente più deboli e dei «nuovi» diritti collettivi e non patrimoniali.

Il necessario ripensamento della giurisdizione è quindi qualcosa di ben diverso dall'idea della degiurisdizionalizzazione. Tutti i bisogni e gli interessi rilevanti, in una visione compiuta della democrazia, devono essere garantiti come «diritti», che vuol dire anche la possibilità di ricorrere – in ultima istanza – a un giudice «terzo».

Il ripensamento della giurisdizione implica invece, in primo luogo, il superamento dell'idea che si possano assicurare a tutti – a chi agisce per il risarcimento dell'automobile danneggiata e a chi fa valere invece un fondamentale diritto personale – le medesime garanzie. In secondo luogo, la diffusione di forme di giustizia alternative a quella resa dai giudici funzionari.

L'eguaglianza nell'accesso alla giustizia deve essere garantita sul piano sostanziale, secondo le indicazioni all'effettività che vengono sia dall'art. 3 che dall'art. 24 della Costituzione, non mantenendo un'astratta uniformità di riti e di giurisdizioni, che si traduce di fatto in un diniego di giustizia socialmente sperequato.

5. I costi della giustizia. L'assistenza legale come servizio sociale

5.1. La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'eguaglianza dei cittadini nell'accesso alla giustizia richiede, in primo luogo, un intervento sui *costi della giustizia*.

La norma costituzionale per la quale «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» è rimasta finora non attuata, come più volte ha affermato la Corte costituzionale. La mancata riforma della legge del 1923 non è tra le meno gravi inadempienze della Repubblica verso i suoi cittadini più deboli.

Il PCI ha presentato un disegno di legge sul *patrocinio per i non abbienti* che si basa su alcuni essenziali principi. In primo luogo, un'effettiva

eguaglianza può essere assicurata solo garantendo a tutti, per quanto possibile, una difesa della stessa qualità. Ciò implica il diritto alla scelta del difensore e la retribuzione adeguata alle prestazioni da questi svolte.

In secondo luogo, sono previsti livelli differenziati di intervento per i «non abbienti» (cioè per i titolari di un reddito di mera sussistenza) e per i «meno abbienti», ogni qualvolta – pur in presenza di un reddito superiore alla soglia minima – il mancato supporto impedirebbe di garantire l'effettività del diritto alla tutela.

Infine la riforma non è limitata al settore penale (come nel disegno di legge del governo), ma a tutte le giurisdizioni, ogni volta che siano in questione bisogni e interessi fondamentali. Questa è la chiara indicazione della norma costituzionale, ed è del resto un'esigenza essenziale per assicurare una parità non formale nell'accesso alla giustizia. Solo la cronica sottovalutazione della giustizia non penale può far credere che garantire l'assistenza giudiziaria ad una casalinga sprovvista di mezzi in una causa di separazione o divorzio, o ad un anziano non abbiente in un giudizio per sfratto, sia un «lusso» che lo Stato italiano non può permettersi.

La consapevolezza dell'elevato onere finanziario e del pericolo di abusi non può costituire un ostacolo al sollecito varo della riforma. Il costo deve essere affrontato dalla collettività, per i valori fondamentali di solidarietà che informano il patto costituzionale. Ai pericoli di abusi si può far fronte con strumenti già elaborati e comunque di non impossibile definizione.

Va piuttosto sottolineato come la riforma del gratuito patrocinio per essere efficace deve accompagnarsi ad altri interventi, sia nel campo della giustizia (la difesa d'ufficio, la professione forense, le procedure), sia in un campo più vasto, a cominciare dal sistema fiscale.

5.2. In ogni caso, il patrocinio per i non abbienti non è sufficiente di per sé solo ad assicurare l'eguaglianza sostanziale nell'accesso alla giustizia. La barriera tra i ceti deboli e la giustizia non discende solo dal costo della difesa con riferimento alle singole controversie, ma dai condizionamenti (economici, ma anche sociali e culturali) che emarginano interi gruppi sociali rispetto agli apparati giudiziari e legali. Per alcuni (i lavoratori dipendenti, in parte gli inquilini, in alcuni luoghi le donne) le organizzazioni sindacali e l'associazionismo hanno svolto una utile funzione di assistenza legale. Per altri (i minori, in gran parte del territorio nazionale le donne non lavoratrici, gli anziani, i lavoratori stranieri, gli inoccupati) nulla è offerto dalla società e dallo Stato. Proprio chi è più debole ed emarginato si trova senza alcun aiuto di fronte all'alieno mondo del diritto.

Il superamento della barriera di cui si è detto richiede un intervento attivo dello Stato, anzitutto mediante la creazione – analogamente a quanto avviene in altri paesi – di *centri pubblici per l'assistenza legale*, che svolgano attività di «aiuto», informando il cittadino dei propri diritti, ed assicurando forme di consulenza stragiudiziale e pregiudiziale per i non abbienti. L'assistenza legale deve cioè configurarsi come *un servizio sociale*, in collegamento con altri organismi sociali di tipo consultoriale e con il sistema della democrazia locale. La proposta di legge del PCI, già ricordata, si muove in questa direzione, prevedendo l'istituzione di studi pubblici di consulenza, ai quali possono accedere tutti coloro che hanno diritto al patrocinio in sede giudiziaria.

5.3. Ma il discorso non sarebbe completo senza la considerazione dell'esigenza di *ridurre* comunque i *costi della giustizia*, anche al di là del trasferimento di essi, per i meno abbienti, a carico della collettività. Una ricerca condotta nel 1978 da Vigoriti ha dimostrato che se i costi medi della giustizia civile corrispondono a quelli dei paesi europei, si diversificano profondamente quando si consideri il valore della controversia. Per quelle che superano il valore di un milione, il costo era mediamente dell'8%. Per valori inferiori si andava dal 50 fino al 160%.

Il risultato è che *la giustizia «minore»*, essendo antieconomica, è andata praticamente estinguendosi. L'elevato costo proporzionale della piccola lite comporta l'esclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale di molteplici «diritti». Che un diritto abbia un ridotto valore economico in assoluto non vuol dire che non meriti la giustiziabilità. Il suo valore può essere in concreto elevato sia per le condizioni economiche del titolare, sia comunque per la sua importanza «personale».

Sotto questo profilo la questione dei costi coincide – come è stato detto – con «la questione, tuttora irrisolta, di efficienti forme di giustizia minore, che siano al contempo accessibili, rapide e poco costose» (V. DENTI, M. TARUFFO, *Costo e durata del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 286). La miniriforma del 1984 del conciliatore non ha risolto questo problema. Occorre pensare, per la giustizia minore, ad un modello diverso di giurisdizione, a partire dalla natura del giudice e dalla struttura del procedimento. Sul punto si tornerà più avanti, quando si parlerà del giudice di pace.

6. *Per una riorganizzazione democratica della domanda di tutela. Il giudice di pace*

6.1. L'efficacia della giustizia richiede anche interventi di *selezione e di riduzione della domanda di tutela* che si rivolge *al giudice professionale*. Proprio una scelta volta a favorire al massimo l'accesso alla giustizia (garantendo l'effettività della tutela sia dei diritti tradizionali, anche «minori», sia dei nuovi diritti) induce a ripensare l'idea per la quale la domanda di giustizia deve essere soddisfatta tutta, e senza alcuna mediazione, dal giudice-funziario.

Vanno respinte – sul punto occorre essere molto chiari – tanto l'ipotesi di sottrarre alla giurisdizione intere aree (come nelle proposte conclusive della commissione Bozzi per le riforme istituzionali), quanto quella di una «privatizzazione» di determinati tipi di conflitto, da affidare in via esclusiva a meccanismi alternativi privati di composizione. La giustiziabilità dei diritti va garantita ed anzi estesa, la funzione giurisdizionale deve rimanere pubblica.

Ciò che va messo in discussione – sulla base del resto della precisa indicazione contenuta nell'art. 106 della Costituzione – è che la giurisdizione sia funzione propria solo del giudice funzionario. Anzitutto, perché solo in tal modo sarà possibile evitare che la capacità di questi di rendere giustizia sia soffocata, e gli sarà invece consentito di concentrarsi efficacemente sulla giurisdizione di valore.

L'esempio forse più significativo – ma non certo l'unico – che si può addurre è quello delle cause di risarcimento per danni alle cose (soprattutto da incidenti stradali). L'infortunistica di questo tipo copre una percentuale elevatissima – che si avvicina alla metà nelle grandi aree metropolitane – delle cause civili. Si tratta di controversie nelle quali sono quasi sempre coinvolte solo questioni relative all'accertamento dei fatti, e non questioni giuridiche. Per esse è improduttivo mantenere la competenza del giudice ordinario professionale.

6.2. I vantaggi che deriverebbero anzitutto dall'introduzione di «*filtri*» *nell'accesso alla giustizia in determinate materie* non possono essere sottovalutati. Si tratta non di impedire, ma di prevenire se possibile, o altrimenti selezionare, l'accesso alla giustizia, risolvendosi i conflitti «a monte» dell'intervento giurisdizionale.

Ciò è possibile, ad esempio, garantendo un tasso più elevato di «giustizia» effettiva che eviti il sorgere medesimo del conflitto. Un ruolo

non burocratico del «difensore civico», ed una riforma del procedimento amministrativo che garantisca effettivamente la previa ponderazione degli interessi coinvolti, potrebbero ad esempio prevenire l'esigenza di ricorrere alla giustizia amministrativa.

Un «filtro» direttamente collegato al procedimento giudiziario può essere costituito dalla previsione di una fase preliminare – di tipo arbitrale o conciliativo – adeguatamente incentivata, in alcune materie.

Altri paesi hanno fatto fronte al sovraccarico giurisdizionale anche introducendo in determinati settori *forme di giustizia laica*, amministrata da componenti eletti nelle categorie interessate alle controversie, con esiti che sono considerati soddisfacenti. Non sembra che queste esperienze possano essere riprodotte meccanicamente da noi, si tratta comunque di una prospettiva da discutere e approfondire.

6.3. In questo contesto un ruolo essenziale va assegnato alla *istituzione del giudice di pace*: proposta da tempo, e sempre rinviata per remore insieme culturali e politiche, e per le obiettive difficoltà nella definizione dei caratteri dell'istituto.

L'attribuzione ad un giudice non professionale dell'intero campo della giustizia «minore» consentirebbe intanto di ridurre il sovraccarico di lavoro della magistratura togata. L'istituzione del giudice di pace consentirebbe anche di introdurre ulteriori elementi di democrazia nell'amministrazione della giustizia e di prevedere strumenti di risoluzione delle controversie più adeguati, per determinati tipi di conflitti, rispetto a quelli propri della giurisdizione del giudice-funziionario.

Le indicazioni costituzionali verso la figura del giudice-cittadino costituiscono il frutto di una decisa battaglia delle sinistre. Concepire il giudice onorario solo come strumento per decongestionare l'amministrazione «vera» della giustizia, quella del giudice togato, sarebbe riduttivo. Non potrebbe del resto non ripetersi, procedendo su questa strada, il fallimento della miniriforma del conciliatore.

Si tratta invece di creare una magistratura onoraria del tutto nuova rispetto alle figure già conosciute nella nostra esperienza, che possa svolgere compiti qualitativamente e quantitativamente significativi.

6.4. Se questa impostazione è da condividere, ne vanno tratte conseguenze coerenti circa la definizione concreta dei *caratteri della nuova istituzione*. In primo luogo la *competenza*: certamente quella di minor valore economico, per le ragioni già dette, e quindi perché solo un giudice

ed un processo diversi da quello ordinario possono assicurare un'effettiva tutela per la giustizia minore. Ma anche una competenza per materia, determinata con riferimento a quei conflitti per i quali più efficace appare l'intervento di un giudice non burocratico (la famiglia, la casa).

In secondo luogo, *il procedimento*. Se questo dovesse rimanere sostanzialmente conforme (pur con alcune modifiche) a quello ordinario, le esigenze di una forma di giustizia facilmente accessibile, rapida e poco costosa non potrebbero essere soddisfatte, come dimostra l'esperienza del conciliatore. Un rito veramente orale, concentrato, immediato, con un aumento dei poteri inquisitori del giudice, la previsione della difesa personale della parte, l'ampio spazio a criteri equitativi di giudizio: sono tutti elementi essenziali per il conseguimento dei fini indicati.

Sulla base di queste premesse, circa i criteri per *la nomina* del magistrato onorario (tema legato a quello della sua legittimazione sociale) si possono anzitutto scartare alcune soluzioni. Va evitato che si formi un «preariato» in attesa di assunzione *ope legis* presso il ruolo burocratico della magistratura. Il livello minimo di età deve essere sufficientemente elevato, e non va assegnato un peso determinante alla laurea in giurisprudenza: il giudice di pace non è un magistrato di serie b, ma il giudice-cittadino di cui si è parlato. Per analoghe ragioni sembra opportuno tener ferma l'incompatibilità con l'esercizio della professione forense, e prevedere un meccanismo di compenso, basato ad esempio sulla produttività del lavoro svolto.

Chi nomina il giudice di pace? Non sembrano da condividere le soluzioni che escludono un ruolo determinante della collettività nella quale egli dovrà svolgere le sue funzioni. La legittimazione democratica è una componente essenziale della nuova istituzione. È nota l'obiezione sui rischi di una connotazione politica, ed anzi partitica, del giudice di pace così nominato. In tale obiezione vi sono elementi da considerare. La designazione diretta da parte (della maggioranza) del Consiglio comunale, ad esempio, può apparire sotto questo profilo poco opportuna. Non pare però che si possa giungere fino a mettere in discussione il principio stesso della legittimazione democratica.

Le alternative possibili sembrano due. La prima – contenuta nel disegno di legge presentato nel 1983 dal PCI – è di affidare la nomina ai *consigli giudiziari integrati* però da una consistente presenza di rappresentanti dei consigli comunali, e comunque solo all'interno di designazioni da questi effettuate. La seconda alternativa è nell'attuazione pura e semplice dell'art. 106 della Costituzione, e quindi nell'*elezione diretta* del giudice di pace da parte dei cittadini. I rischi di tale soluzione sono stati da tempo messi in

rilievo. Può osservarsi peraltro che l'apertura di un canale democratico per sua natura non suscettibile di rigidi inquadramenti in logiche di partito potrebbe costituire un arricchimento non secondario della democrazia italiana. In ogni caso, è questo un altro tema da approfondire.

Si afferma che l'utente della giustizia non avrebbe fiducia in un giudice non professionale e si sottolinea la differenza con la tradizione culturale e sociale dei paesi anglosassoni. Si può essere ragionevolmente convinti del contrario. Perché il cittadino non dovrebbe preferire, per la soluzione di determinati tipi di controversie, un magistrato che gli assicuri una giustizia rapida, poco costosa, ispirata a criteri equitativi, anche a costo di rinunciare alle garanzie di un procedimento rigoroso e di una affinata competenza tecnico-giuridica? Non è anche questa una via per il superamento della barriera che separa soprattutto i ceti più deboli dal mondo della giustizia?

7. I «rami alti» della giustizia. La riforma della cassazione

7.1. Se le condizioni della giustizia «minore» sono quelle in precedenza descritte, non molto meglio sta la giustizia «maggiore». Una vera e propria riforma anzitutto della Corte di cassazione è indispensabile. E del resto è stato il primo presidente di quel consesso, nel suo discorso di insediamento, a «denunciare uno stato di crisi del ruolo dell'istituto».

In che cosa consiste *la crisi della cassazione*? Anzitutto, nell'impossibilità di smaltire il lavoro. Questi i dati forniti dal presidente Brancaccio: 90.000 ricorsi pendenti, 44.000 introitati annualmente. La Corte non è in grado di esaurirne più di 15-18.000 per anno. In secondo luogo, la trasformazione di fatto in un giudice di terza istanza. «Spesso essa si occupa indirettamente anche del fatto, attraverso un non corretto esercizio dei poteri di controllo dei vizi di motivazione della sentenza impugnata». Infine, il deterioramento qualitativo e l'instabilità della sua giurisprudenza, la quale – per usare sempre le parole del nuovo presidente – «presenta frequenti e gravi oscillazioni, anche non giustificate dalla interpretazione evolutiva».

Sulle cause e sulle conseguenze della crisi non è difficile pronunciarsi. Le prime risiedono anzitutto nell'eccesso di lavoro che grava sulla Corte. Le seconde consistono in un ulteriore e rilevante aumento dei tempi occorrenti per la definizione della controversia, e nel venir meno della funzione di garantire l'uniforme interpretazione della legge.

7.2. Mentre però sull'esigenza di porre riparo all'eccessiva durata dei processi il consenso è unanime, diverse sono le opinioni circa *la crisi della funzione nomofilattica*. Vi è chi ritiene che si tratti di un fatto irreversibile e comunque positivo, in quanto espressivo di un proficuo pluralismo e movimento della giurisprudenza. Vi è invece chi ne pone in luce gli aspetti negativi, per l'accentuazione delle condizioni di incertezza del diritto, già derivante dalle trasformazioni della legge, di cui si è detto in precedenza (cfr., rispettivamente, F. FRANCESCHELLI, in *Giust. e Cost.*, 1986, pp. 39 ss., V. DENTI, in *Foro it.*, 1986, V, cc. 417 ss.).

Pare peraltro ragionevole affrontare il tema, più che con contrapposizioni di principio, ponendo al centro il ragionevole obiettivo di assicurare una maggiore uniformità e una migliore qualità delle decisioni.

Il problema di garantire insieme la tendenziale uniformità, ma anche la capacità di innovazione e la dialettica giurisprudenziale è complesso, e non è solo il nostro paese a discuterlo. Si è già notato come siano inaccettabili le spinte ad un «richiamo all'ordine» – anche attraverso un ruolo più incisivo della cassazione – dei giudici di merito come rimedio alla «politicizzazione» della magistratura e all'incertezza del diritto. Ribadita questa convinzione, rimane però che cancellare del tutto la funzione di nomofilachia, riducendo la cassazione a livello di un qualsiasi giudice, non pare rispondente all'obiettivo di una giustizia equa ed efficace.

Si tratta, naturalmente, di ripensare quella funzione alla luce del processo di democratizzazione – in parte già avvenuto, in parte da portare a compimento – dell'Amministrazione della giustizia. L'esigenza di *assicurare un livello accettabile di uniformità e di qualità della giurisprudenza* non risponde ad intenti di normalizzazione, ma alla garanzia del diritto del cittadino all'eguaglianza davanti alla legge e alla ragionevole prevedibilità della decisione giudiziale, come mezzo per assicurare l'effettività della tutela. Occorre del resto ripensare alcune idee del passato. Venuta meno ogni ingerenza della cassazione nella carriera dei magistrati non vi è il timore di un suo controllo «politico» sui giudici inferiori. Inoltre, non pare abbia ancora senso contrapporre una magistratura di merito aperta alle innovazioni ad una cassazione conservatrice.

7.3. Una *riforma della cassazione* coerente al discorso fin qui svolto è destinata ad incidere sui fattori di crisi già indicati: l'eccessivo carico di lavoro, la funzione di giudice di terza istanza, l'instabilità e la discontinua qualità delle sue decisioni. Si tratta di ridurre l'area dell'intervento per restituire ad esso efficacia e funzionalità, e valorizzarne in tal modo il ruolo.

Alcune delle indicazioni emerse a tal fine nel dibattito recente sono di ordine essenzialmente culturale: la rinuncia ad utilizzare il controllo sul vizio di motivazione per un riesame del fatto, un uso più intenso degli strumenti disponibili (a cominciare dalla condanna alle spese) per scoraggiare i ricorsi infondati. Ma vi è un campo di possibili interventi legislativi: sull'ordinamento giudiziario (mediante modifiche del sistema di accesso dei giudici sulla base di criteri professionali obiettivi) come sulla disciplina processuale (a partire dai regolamenti di competenza e di giurisdizione).

Dal primo punto di vista, va segnalato anzitutto il recente orientamento del Consiglio di Stato, che interpreta la sentenza del 1982 della Corte costituzionale nel senso che l'effettivo esercizio delle funzioni di cassazione sia di fatto necessario per ottenere incarichi direttivi. L'obiettivo da perseguire, se necessario con interventi legislativi, è invece quello opposto. Le funzioni di legittimità devono essere non un momento obbligato della carriera del giudice, ma un'attività giurisdizionale che richiede attitudini professionali diverse da quelle occorrenti in altri campi. *L'accesso del giudice alla Cassazione* va quindi regolato secondo una logica di specifica professionalità, e non di «carriera».

Nella stessa prospettiva va affrontata l'attuazione della norma costituzionale *sull'integrazione con giudici laici della cassazione*. Sarebbe così assicurata la presenza di esperienze professionali, come soprattutto quelle dei professori universitari, portatrici di una cultura orientata più al controllo di legittimità che al giudizio sul fatto.

La riforma della Cassazione richiede però anche interventi più radicali. Il primo presidente della Corte ha proposto la revisione della norma costituzionale che prevede il ricorso per cassazione contro tutte le sentenze; la determinazione dei casi di ricorribilità andrebbe rimessa al legislatore ordinario, che potrebbe così escludere i provvedimenti che non mettono in gioco interessi di rilievo.

La proposta merita attenta riflessione. In ogni caso, appare necessaria l'introduzione di un sistema rigido di *filtri per l'ammissibilità dei ricorsi*, secondo le linee delle recenti innovazioni in Francia e in Germania Federale. Gli studi di diritto comparato hanno mostrato come le Corti supreme possono svolgere efficacemente il loro ruolo solo in quanto esistano incisivi meccanismi di selezione delle cause da decidere.

7.4. La peculiare rilevanza del problema della Cassazione non può far dimenticare l'analoga situazione del *Consiglio di Stato* e della *Corte dei conti*. Il primo ha iniziato il nuovo anno con 20.000 procedimenti

iscritti a ruolo, e non riesce a smaltire ogni anno più dei tre quarti dei procedimenti che arrivano nello stesso periodo di tempo. La Corte dei conti ha di fronte 200.000 pratiche pendenti per pensioni di guerra. Sui problemi della giustizia amministrativa e contabile si tornerà più avanti.

Non dissimile è la situazione della *Corte costituzionale*. La durata del processo costituzionale, già oggi eccessiva, sembra destinata ad aumentare ulteriormente. Né il flusso delle ordinanze di rimessione potrà ridursi se non cambieranno i fattori che ne sono alla base: la cattiva qualità delle leggi, e la loro frequente origine dalla pressione di gruppi d'interesse settoriali (con l'inevitabile tendenza dei soggetti esclusi dai benefici a chiedere di fruirne, in base al principio della parità di trattamento), la mancata ridefinizione delle competenze legislative regionali, e comunque i caratteri antiregionalistici della legislazione statale, la tendenza della Corte ad estendere il controllo sulla «ragionevolezza» delle leggi, che incentiva le aspettative di accoglimento di un numero sempre maggiore di questioni.

Pure in questo campo, peraltro, risultati positivi sulla funzionalità della giurisprudenza costituzionale possono probabilmente attendersi anche da modifiche della attuale disciplina del processo.

8. *La riforma del processo e delle tutele civili*

8.1. Il rinnovamento della giustizia richiede una profonda riforma tanto dei procedimenti quanto della tipologia delle tutele.

Nell'area della giustizia civile, l'intervento deve incidere sui due mali più gravi del sistema attuale, già in precedenza segnalati: *l'eccessiva durata dei processi* e la carenza di tecniche che consentano una *tutela effettiva, soprattutto per i diritti aventi carattere non patrimoniale e non individuale*. Non si tratta di inconvenienti marginali: una definizione della controversia che intervenga troppo tardi equivale ad un diniego di giustizia; una tutela che non assicuri a chi ha un diritto tutto e proprio quello che ha diritto ad avere (per usare una formula antica ma non per questo meno attuale) equivale ad una riduzione e deformazione della sostanza del diritto. Sotto entrambi i profili, risulta violato il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 24 della Costituzione.

8.2. Il Governo ha da tempo presentato un disegno di legge di delega per l'emanazione del *nuovo codice di procedura civile*. Va anzitutto segnalato

il ritardo con cui se ne svolge l'esame. A febbraio dello scorso anno il sen. Lipari ha svolto un'ampia relazione presso la Commissione giustizia del senato; la quale però, da allora, non se ne è più occupata.

Comunque, il *giudizio* sul testo governativo non può non essere complessivamente *critico*, pur tenendo conto di alcuni elementi positivi in esso contenuti. Si possono riprendere le espressioni usate appunto dal sen. Lipari: «Riformare *funditus* la disciplina processuale richiederebbe probabilmente un impegno ben maggiore di quello profuso in questo disegno di legge rispetto ai principi fondamentali della giustizia civile, e, soprattutto, implicherebbe che l'esigenza della riforma muovesse da una diversa formulazione dei valori di fondo che governano la tutela giurisdizionale dei diritti».

Il progetto governativo è inoltre eccessivamente generico: «la mancanza di indicazioni precise in ordine a punti e questioni qualificanti» ha anzi indotto il relatore a formulare seri dubbi di legittimità costituzionale.

Alla base di entrambe le carenze è il carattere compromissorio del testo, frutto di mediazione tra impostazioni conservatrici e tendenze innovative.

8.3. Una scelta di fondo deve invece essere compiuta: una scelta decisa a favore di un *processo di tipo nuovo*, effettivamente basato sui *principi* – tanto spesso richiamati quanto poco concretamente attuati – *della oralità, della concentrazione, della immediatezza*. Si tratta di rendere generale – introducendo i miglioramenti suggeriti dall'esperienza – *il modello del processo del lavoro*.

Non si può non essere consapevoli del cambiamento di mentalità e di abitudini che in tal modo si chiederebbe agli operatori del diritto. È ben noto che fu proprio la reazione di costoro, e soprattutto degli avvocati, a vanificare gli elementi innovativi contenuti nel codice del 1942, fino a portare alla controriforma del 1950.

Questa consapevolezza non può condurre ad un arretramento; al contrario, occorre sottolineare che un processo civile orale, concentrato ed immediato è un grande fatto nuovo sul piano anzitutto culturale, e richiede un impegno ideale, sociale e politico adeguato, sia per consentire l'approvazione legislativa, sia poi in fase di attuazione.

Il dibattito ed i contributi della cultura giuridica hanno da tempo indicato gli elementi fondamentali della riforma: il giudice monocratico come giudice unico di prima istanza, e l'identità tra organo che istruisce e che decide; un ruolo più attivo e più ampi poteri del giudice soprattutto in sede istruttoria; una fase introduttiva che consenta di determinare

rapidamente l'oggetto della controversia mediante un efficace sistema di preclusioni; l'immediata efficacia esecutiva della sentenza di primo grado; la revisione della disciplina dell'appello, da configurare come tecnica di controllo della giustizia e della validità della sentenza di primo grado, e non come giudizio di merito in larga misura «nuovo».

Un processo di questo tipo implica, come già si è notato, maggiori responsabilità e professionalità in avvocati e magistrati; ma anche una funzione più significativa ed un peso più rilevante nella gestione della controversia. È certo, in ogni caso, che l'ordinamento giudiziario non potrà non essere modificato, anche al fine di assicurare una maggiore efficienza tanto dell'organizzazione degli uffici quanto del lavoro del singolo giudice; e quindi anche strumenti sul controllo della produttività dei primi e del secondo (sul punto si tornerà più avanti).

8.4. Se solo una radicale riforma del processo di cognizione può consentire di incidere sulla durata dei giudizi, una *riforma delle tecniche e degli strumenti di tutela* si rende necessaria per garantire che l'esito del giudizio consenta veramente di assicurare a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di avere.

È noto che i codici del 1942 sono ancora improntati a una concezione patrimonialistica ed individualistica della giustizia civile. L'idea che la forma «generale» della tutela consista nella condanna pecuniaria è in questi testi dominante. I bisogni di giustizia di tipo differente, emersi in una società democratica e basata su un'economia industriale di massa, ne risultano insoddisfatti, o soddisfatti solo in modo parziale e deformato: dalla libertà ai diritti della personalità, dalle situazioni soggettive del lavoratore, del consumatore, dell'utente di servizi agli interessi diffusi e collettivi.

Modifiche incisive si rendono pertanto necessarie sul piano dei *contenuti* come su quello dell'*esecuzione della sentenza*.

Dal primo punto di vista emerge l'esigenza di configurare *la tutela cosiddetta inibitoria* – ossia il rimedio diretto a prevenire o far cessare la violazione del diritto – come strumento di carattere generale, ogni qual volta la situazione concreta renda inadeguata o addirittura inutile la tutela risarcitoria o comunque successiva (come quando si tratti di diritti a contenuto completamente o prevalentemente non patrimoniale).

In realtà i diritti non patrimoniali hanno trovato finora tutela attraverso l'unico strumento disponibile, il procedimento cautelare atipico dell'art. 700 del codice di procedura civile. Le conseguenze distorsive di tale fenomeno sono state già segnalate. Una misura siffatta rimane

necessaria (e del resto dopo la recente sentenza della Corte costituzionale risulta doverosa anche davanti a giudici diversi da quello civile), ancorché il relativo procedimento meriti una riconsiderazione sul piano delle garanzie. Non è però adeguata né sufficiente. È da condividere pertanto la proposta di introdurre una *tutela sommaria tipica*, analoga a quella possessoria, *a garanzia dei diritti non patrimoniali*.

Il discorso sulle forme di tutela potrebbe essere esteso ad altri profili (come il privilegio da accordare a forme di riparazione non pecuniaria del danno non patrimoniale, o a tecniche specifiche di tutela dei diritti della personalità: la rettifica e l'accesso ai *mass media*, il controllo sulla computerizzazione dei dati personali). In questa sede è comunque sufficiente segnalare l'esigenza di una *revisione delle tecniche di tutela civile* che renda massima l'attuazione del *principio costituzionale dell'effettività* nel senso in precedenza indicato.

Gli unici limiti a tale principio dovrebbero consistere, da un lato, nella lesione di altri diritti di pari livello costituzionale (e soprattutto dei diritti di libertà), dall'altro, nell'invasione del campo riservato ad altri poteri pubblici.

8.5. Altrettanto rilevante, ed anzi strettamente legata al tema fin qui considerato, si presenta *la riforma del processo di esecuzione*. Questo non consente oggi di garantire l'attuazione concreta della sentenza secondo il principio dell'effettività della tutela; di garantire cioè il diritto a che la situazione di fatto venga resa corrispondente alla situazione di diritto accertata dalla sentenza.

Pesa anche qui l'idea della condanna pecuniaria come contenuto tipico della tutela civile; pesano preoccupazioni garantistiche, talvolta giustificate, ma che possono peraltro trovare soddisfazione in un quadro rinnovato.

La prospettiva da perseguire appare quella dell'estensione dell'ambito dell'esecuzione in forma specifica, anche con una tipologia differenziata, e dell'introduzione di misure indirette di coercizione, mediante pene pecuniarie proporzionate al ritardo nell'adempimento, secondo il modello delle *astreintes* francesi. Anche l'esecuzione per espropriazione si presenta oggi lenta e scarsamente efficiente, determinando così un'ulteriore ingiustizia, particolarmente grave in alcune situazioni (crediti alimentari, assegni di separazione o di divorzio). Si può pensare, per ipotesi determinate, a procedimenti di esecuzione della condanna a pagare una somma di denaro più solleciti e meno costosi, anche riducendo le garanzie per il debitore o per i terzi.

8.6. I tempi di una radicale riforma del processo civile, quale quella di cui si è parlato, saranno necessariamente – ed anche nella migliore delle ipotesi – molto lunghi. È diffusa la convinzione della necessità di intervenire intanto, ed urgentemente, con misure parziali.

L'esigenza è da condividere, purché si tratti veramente di una *anticipazione della riforma*, e non di eterogenee misure tampone. Occorre aver chiara la direzione di marcia, e intervenire in modo coerente, ed anche sufficientemente incisivo da costituire fin d'ora una vera e propria inversione di tendenza ed un preciso messaggio agli operatori del diritto.

Ad alcuni di questi interventi (ad esempio nel campo dell'infortunistica stradale, del ricorso per cassazione, della tutela di interessi collettivi) si è già accennato. Altri sono previsti in disegni di legge presentati dal PCI, e nelle pregevoli proposte elaborate dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile e da Magistratura democratica.

Se ne possono indicare alcuni: l'equiparazione degli interessi legali al tasso ufficiale di sconto; la configurazione del tribunale, salve alcune materie, come giudice monocratico; l'aumento e la razionalizzazione delle competenze del pretore; l'estensione ad altri settori del processo del lavoro; la generalizzazione dell'istituto dell'ordinanza immediatamente esecutiva per il pagamento delle somme non contestate o già provate; l'eliminazione della sospensione obbligatoria in caso di regolamento di giurisdizione; un nuovo regime delle preclusioni nella fase preparatoria del processo di primo grado ed in appello; la riforma della fase decisoria nel processo ordinario di cognizione.

In ogni caso, l'elaborazione è matura e la situazione è grave: i tempi della «piccola riforma» sono solo tempi politici.

9. *La riforma della giustizia amministrativa e contabile*

9.1. La giustizia amministrativa presenta un *deficit* di efficacia non inferiore a quella civile. *L'abnorme durata del processo e l'inadeguatezza delle forme di tutela* sono presenti con analoghi caratteri di gravità.

Dal primo punto di vista, la durata media è – secondo calcoli aggiornati – di oltre sette anni davanti ai T.A.R., ai quali vanno aggiunti sei anni per la decisione del Consiglio di Stato. Dal 1978 il dato è più che raddoppiato. Crescente è il fenomeno della «fuga dalla giustizia» (come dimostra l'aumento più che proporzionale dei ricorsi esauriti senza decisione nel merito).

Inoltre, l'aumento della durata è selettivo. Una recente analisi ha mostrato che «le situazioni soggettive di tipo proprietario sono quelle che presentano una maggiore insensibilità e capacità di resistenza rispetto alla durata dei giudizi e una più bassa percentuale di casi di fuga dalla giustizia. Sono invece soggette ad una selezione nel senso che sono di fatto meno tutelate e vengono spesso lasciate cadere le posizioni che si basano sull'aspettativa dell'intervento pubblico: fra queste in particolare i diritti sociali, i «nuovi diritti» cioè basati non sulla proprietà ma sul bisogno e oggetto di esplicito riconoscimento costituzionale» (F. MERUSI, G. SANVITI, *L'«ingiunzione» amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, p. 79).

Le forme di tutela esistenti sono legate ad un modello istituzionale e culturale di stampo ottocentesco, del tutto inadeguato alle esigenze odierne. L'attuale processo amministrativo è finalizzato all'annullamento del provvedimento illegittimo. Ma nello Stato contemporaneo è almeno altrettanto essenziale per il cittadino essere efficacemente tutelato non solo contro provvedimenti che lo ledano, ma anche contro l'illegittimo non uso del potere amministrativo. *Il diritto alla prestazione dovuta* da parte dell'amministrazione è privo di una soddisfacente protezione.

Inoltre, la lentezza del processo ordinario ha portato anche in questo campo ad anticipare, in via sostanziale, l'esito del giudizio al momento cautelare. *La sospensione giudiziale del provvedimento* è sempre più spesso il vero risultato che si propone il ricorrente, e del resto l'unico efficace per lui. L'interesse pubblico ed il diritto del cittadino sono così affidati ad uno strumento per sua natura rischioso, poco garantista, che lascia troppo spazio alla discrezionalità del giudice e quindi al pericolo di decisioni affrettate o arbitrarie.

9.2. In una visione di lungo periodo, ciò che va ripensata è l'idea stessa di una giustizia amministrativa strutturalmente e funzionalmente diversa da quella civile «ordinaria». Va ripresa la prospettiva – tenacemente difesa da Calamandrei alla Costituente – dell'*unità della giurisdizione*, e quindi di una riforma costituzionale in materia.

Sono note le ragioni storiche – che qui non è certo il caso di ripercorrere – della «specialità» della giustizia amministrativa. La costituzione sembra averle recepite; in realtà però, con la parificazione piena degli interessi legittimi ai diritti soggettivi ai fini della garanzia della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113), già pone le basi per il superamento della separazione.

In effetti, il modello tradizionale si fonda, tra l'altro, sulle premesse della giustizia amministrativa come giurisdizione istituita nell'interesse

prevalente della stessa amministrazione, e della netta separazione tra la sfera pubblica, governata autoritativamente in vista dell'interesse generale, e la sfera della società civile, liberamente autoregolata dai privati. La prima premessa è superata dalla costituzione, e dalla medesima evoluzione della giurisprudenza amministrativa; la seconda, dalle trasformazioni nel ruolo e nelle funzioni dello Stato e del mercato.

Se il giudice amministrativo non è più organo di diritto oggettivo, ma garante delle situazioni soggettive del privato nei confronti dell'Amministrazione; se le posizioni del cittadino vanno tutelate non solo contro atti autoritativi illegittimi, ma in genere contro l'esercizio e il non esercizio della funzione amministrativa non conforme alla legge, l'ipotesi dell'unità della giurisdizione si rivela la più ragionevole e democratica.

Ma vi è di più: il superamento del modello tradizionale può tornare a vantaggio della stessa Pubblica Amministrazione, già sul piano dell'attribuzione ad essa del potere di agire in giudizio, e di rivolgere domanda riconvenzionale, in determinati campi, nei confronti sia di cittadini che di altre Pubbliche Amministrazioni. Come già si ammette sul piano sostanziale, in altri termini, anche su quello processuale dovrebbe riconoscersi all'Amministrazione la facoltà di scegliere tra il ricorso ai mezzi autoritativi di cui dispone, e quello agli strumenti del diritto «comune» ai privati operatori.

L'opzione per l'unità della giurisdizione non può ovviamente far trascurare l'esigenza di garantire l'area di discrezionalità intrinseca e peculiare del potere pubblico. La questione, peraltro, sulla quale si tornerà più avanti, sembra concernere molto più la struttura dei poteri che la natura del giudice chiamato ad esercitarli: si tratta in effetti essenzialmente di escludere che il giudice disponga di poteri sostitutivi di quello amministrativo, ogni volta che la scelta presenti margini di discrezionalità.

In base ad una considerazione realistica, quello dell'unità della giurisdizione è un obiettivo di lungo periodo. Nell'attesa che ne maturino le condizioni, esso vale come indicazione di fondo per l'indilazionabile riforma della giustizia amministrativa. Ciò vuol dire assicurare fin d'ora, per quanto possibile, *l'unità dei caratteri delle giurisdizioni*, con il fine essenziale di *garantire il diritto del cittadino ad ottenere quanto gli spetta* in base alla legge ed ai principi dell'imparzialità e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

9.3. Al tempo stesso, però, deve essere chiaro che la tutela sostanziale dei diritti del cittadino può e deve venire in primo luogo dall'Amministrazione

medesima. Occorre cioè evitare di *scaricare sulla giurisdizione* quella che è in realtà *l'inefficienza e la «ingiustizia» degli apparati pubblici*. La riforma di questi rappresenta anzi la preconditione di un'efficace giustizia amministrativa. L'efficienza, la trasparenza, la separazione tra il momento delle scelte politiche e quello della gestione, la responsabilizzazione, la riqualificazione: sono, questi, obiettivi tanto noti e condivisi quanto lontani dalla realtà. *Un'amministrazione efficiente e «giusta»* ridurrebbe di molto il bisogno di tutela giurisdizionale, ed i rischi quindi di una supplenza giudiziaria: i limiti della quale – sul piano della tutela dell'interesse pubblico come su quello della garanzia dei diritti dei cittadini – sono in una certa misura strutturali.

È attraverso il rinnovamento del modo di essere e della concezione stessa dei pubblici poteri che molti problemi possono essere affrontati e risolti.

È essenziale, anzitutto, una disciplina del *procedimento amministrativo* che introduca i principi della trasparenza, del contraddittorio, della doverosità (cioè dell'obbligo di provvedere entro un termine ragionevole), della responsabilità, della partecipazione.

In questo contesto possono valutarsi i benefici di *«filtri»* rispetto all'accesso alla giustizia amministrativa attraverso l'integrazione tra procedimento, un sistema riformato di controlli e processo; e della diffusione e valorizzazione del *difensore civico* come istituto di garanzia preventiva contro i ritardi e le inadempienze dell'amministrazione fin dalla fase del procedimento.

Infine, un'efficace riforma della giustizia amministrativa richiede il riconoscimento pieno, e coerenti scelte sul piano delle procedure e delle forme di tutela, di alcuni fondamentali *«diritti» del cittadino*: all'accesso ai dati ed alle informazioni che lo riguardano; ad ottenere in tempi ragionevoli la prestazione dovuta; alla tutela di interessi collettivi e diffusi (secondo la prospettiva che si è in precedenza ricordata). Si tratta insomma di superare l'idea che i diritti «nuovi» derivanti dallo Stato sociale siano non giustiziabili, ed affidati unicamente alla predisposizione ed all'attività di appositi apparati burocratici.

9.4. Sottolineare l'importanza di ciò che sta «a monte» della tutela giurisdizionale vale anche a denunciare i rischi insiti nell'idea che una riforma diretta ad ampliare i poteri del giudice amministrativo sia la soluzione dei mali dell'amministrazione italiana. È questa, un'idea che si viene diffondendo, non sempre senza un sottinteso disegno di *svuotamento delle autonomie locali*.

La contrapposizione tra una efficace giustizia amministrativa e l'articolazione pluralistica e democratica del potere va respinta. Il giudice ha compiti di tutela delle situazioni soggettive lese da un esercizio illegittimo del potere, e tale tutela deve essere più piena ed effettiva di quanto oggi accade; non ha né può avere funzioni di indirizzo politico né può sovrapporsi alle scelte discrezionali dei poteri a ciò preposti.

La riforma del processo amministrativo – a cominciare dalla fase cautelare – non può prescindere da tale esigenza fondamentale.

Al tempo stesso, va sottolineato che la difesa delle competenze delle autonomie locali non implica affatto il mantenimento della disciplina attuale del processo amministrativo, la quale impedisce di garantire adeguatamente *tanto* i poteri delle istituzioni democratiche *quanto* i diritti dei cittadini.

9.5. Le linee portanti della riforma del processo amministrativo sono quelle dirette a superare le principali ragioni di inefficacia della giustizia amministrativa, di cui già si è detto. Anzitutto *lo snellimento e la razionalizzazione della procedura*, per ridurre l'eccessiva durata. In questo contesto un'attenta considerazione merita l'idea di una disciplina peculiare e semplificata delle controversie in materia di *pubblico impiego*, le quali – costantemente in crescita in termini assoluti e proporzionali – tendono a raggiungere la metà del contenzioso (il 47%, secondo i dati più recenti).

In secondo luogo, *l'estensione delle forme di tutela e dei poteri del giudice*, coerentemente al discorso fin qui svolto, in particolare con la previsione dell'azione di adempimento, secondo il modello dell'ordinamento tedesco.

Altrettanto importanti sono una riforma del *procedimento cautelare*, che garantisca effettivamente sia la posizione del cittadino che l'interesse pubblico, e una nuova disciplina dell'*istruzione probatoria* con l'introduzione del giudice istruttore, la parità delle parti nell'accesso ai documenti e l'ammissione delle prove orali (l'audizione delle parti, la raccolta di testimonianze, l'interrogatorio dei funzionari). Ciò indurrebbe tra l'altro l'Amministrazione, come è stato detto, ad agire – a differenza di oggi – «pregiando più la sostanza che la forma»; mentre attualmente un processo esclusivamente basato su documenti scritti comporta che «per l'amministrazione è divenuto importante non tanto il decidere bene, quanto lo 'scrivere' bene» (G. GUARINO, *Quale amministrazione?*, Milano, 1985, p. 119).

Il disegno di legge delega presentato dal Governo, e attualmente all'esame della Camera, sembra costituire una buona base di discussione,

anche se da precisare e migliorare. Non è però da condividere l'estensione della giurisdizione esclusiva in materia di servizi sociali, prevista dal testo approvato dalla Commissione.

L'obiettivo di fondo è quello di una riforma della giustizia amministrativa ispirata all'idea della tendenziale unità se non della giurisdizione, almeno dei caratteri delle giurisdizioni. E quindi di un controllo giudiziario che verta – nel rispetto della discrezionalità delle scelte amministrative – non solo sul provvedimento, ma sul potere, assicuri una tutela effettiva delle situazioni soggettive del cittadino, e si ispiri ad una concezione democratica e pluralistica dei rapporti tra questi ed i pubblici poteri.

9.6. Il principio dell'unità dei caratteri della giurisdizione richiede però svolgimenti coerenti sul piano dell'*indipendenza del giudice amministrativo*.

Va sottolineata la necessaria contestualità tra l'attribuzione di più ampi poteri al giudice amministrativo e la revisione del suo attuale ordinamento. Il diritto del cittadino ad un giudice effettivamente indipendente vale per la giustizia amministrativa come per quella ordinaria.

Oggi questa garanzia non è pienamente assicurata, sia sotto il profilo dell'*accesso alla carriera* che sotto quello degli incarichi extragiudiziari.

Dal primo punto di vista, in una non recente sentenza la Corte costituzionale ritenne legittima la facoltà del Governo di nominare Consiglieri di Stato, ma indicò una serie di garanzie da introdurre. Ciò è accaduto solo in misura del tutto insufficiente. Sembra oggi maturo un intervento legislativo che elimini del tutto quella facoltà.

Eguale da rivedere è il meccanismo di concorso, che prevede la provenienza da un'Amministrazione pubblica. Ciò era giustificato in base alla superata concezione della giurisdizione amministrativa come forma di autotutela dell'amministrazione.

Anche l'argomento della necessità di un'esperienza specifica non è decisivo, sia perché attiene al discorso generale della preparazione professionale del magistrato, sia perché ciò che soprattutto si richiede è la capacità di affrontare i temi del governo dell'economia e in generale dello Stato sociale, per la quale occorrono diversi e più aggiornati criteri di formazione e di reclutamento.

Altrettanto se non più importante è l'esigenza di introdurre per il magistrato amministrativo una disciplina degli *incarichi extragiudiziari* analoga a quella che si prospetta per il giudice ordinario. Le ragioni di garanzia dell'indipendenza sono in effetti analoghe; anzi sono forse più pressanti in questo campo, sia per l'incidenza su un organico ristretto

della sottrazione di personale al lavoro giudiziario, sia per la maggiore rilevanza politica che nella prassi presentano le attività extragiudiziarie del giudice amministrativo. Va quindi criticato il recente disegno di legge governativo, che interviene solo con riferimento al giudice ordinario. Il PCI ha presentato invece una proposta che prevede la medesima disciplina restrittiva per tutte le magistrature.

9.7. Analoghe esigenze di riforma esistono per *le funzioni giurisdizionali della Corte dei conti*. Anche qui occorre assicurare l'effettiva indipendenza del giudice, l'abbreviamento della durata dei processi, maggiori garanzie per le parti, ed avviare il processo di unificazione della giurisdizione.

Si è già accennato ai tempi incredibilmente lunghi dei procedimenti in materia *pensionistica*, particolarmente per le pensioni di guerra. L'intervento può essere radicale, sottraendo la materia alla giurisdizione della Corte dei conti: sono infatti venute meno le ragioni che storicamente erano alla base della competenza contabile.

Interventi urgenti sono necessari per i *giudizi di conto e di responsabilità*, per porre riparo all'eccessiva durata e per assicurare il principio del contraddittorio e il diritto di difesa dell'amministratore pubblico. Va rivista anche la normativa sostanziale, in particolare con la più puntuale definizione dell'illecito contabile e la previsione della possibilità di chiamare in giudizio, accanto agli amministratori, anche i dipendenti degli enti locali, come già accade per lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici.

Essenziale infine, per il perseguimento degli obiettivi indicati, appare il decentramento della giurisdizione di primo grado.

10. *L'efficienza del sistema giudiziario*

10.1. Il recupero di efficienza istituzionale costituisce un aspetto centrale del programma di rinnovamento della giustizia. La tutela effettiva dei diritti dei cittadini richiede un sistema efficiente, sul piano del lavoro giudiziario come su quello delle strutture, a partire dal ministero.

Sotto entrambi i profili la situazione è grave. Alcuni dei nodi da sciogliere pongono delicate questioni di autonomia della magistratura. La linea per affrontarli è però già presente, *in nuce*, nella costituzione: l'alternativa tra limiti all'indipendenza e tutela corporativa di un ceto professionale risiede in una concezione del «governo autonomo» della

magistratura ispirata a principi democratici; la concezione cioè che è alla base dell'istituzione del Consiglio superiore della magistratura.

Essenziale è, sotto questo profilo, *la riforma dei Consigli giudiziari*, superando le resistenze ed i limiti ancora presenti nel testo varato dalla Commissione giustizia della Camera. Va ripresa la proposta di creare organismi di raccordo tra le strutture giudiziarie e le autonomie locali. Il controllo e l'intervento delle collettività interessate sono strumenti essenziali di garanzia della razionalità, produttività ed efficienza dell'attività giudiziaria.

10.2. Altri problemi però non richiedono alcuna mediazione tecnica o ideologica, sono essenzialmente politici ed immediatamente risolvibili: tanto più grave è il ritardo nell'affrontarli.

Tra questi, anzitutto la *distribuzione degli uffici giudiziari nel territorio*. Come si sa, esistono in proposito dati impressionanti. Statistiche eseguite per conto del Consiglio superiore mostrano ad esempio che più della metà delle preture non hanno lavoro tale da impegnare l'attività di un singolo magistrato. All'opposto, nelle aree metropolitane vi sono uffici giudiziari oberati all'eccesso.

Non è più tempo di palliativi. Il sistema del «congelamento» delle sedi con basso indice di lavoro, adottato negli ultimi anni dal Consiglio superiore, è stato utile in via provvisoria, ma rivela oggi tutti i suoi limiti. Né è il caso di pensare ad interventi occasionali o marginali: ci vuole il disegno complessivo di *una nuova geografia giudiziaria*, basato su criteri obiettivi ed uniformi.

Tale disegno non può naturalmente non tener conto del progetto di riorganizzazione della giurisdizione di cui si è prima parlato. L'istituzione e l'ampia diffusione nel territorio del giudice di pace e la centralità del giudice monocratico di primo grado consentono di affrontare il tema su basi nuove.

È necessario su questa materia un forte impegno politico. Un progetto razionale e coraggioso, presentato anni or sono dal ministro Bonifacio, fu affossato da una generalizzata reazione di tipo insieme campanilistico e corporativo. Con le collettività interessate occorre un dialogo ravvicinato – e si conferma il ruolo importante del decentramento del «governo» giudiziario – che mostri come una giustizia socialmente efficace non è necessariamente la giustizia fisicamente più «vicina». L'attuale diffusione delle sedi giudiziarie era un fatto positivo quando fu concepita nel secolo scorso, in una società nella quale il costo ed il tempo occorrenti per

percorrere le distanze erano enormemente più elevati. Ciò di cui oggi il cittadino ha bisogno non è un ufficio giudiziario nel proprio comune, ma incapace di funzionare adeguatamente; ma una circoscrizione territoriale in grado di offrire un'efficace risposta alla domanda di giustizia. D'altra parte, l'introduzione del giudice di pace e di un'effettiva assistenza legale per i non abbienti concorrerebbero a evitare un impatto sociale negativo della riforma.

La revisione delle circoscrizioni giudiziarie è compito tanto urgente quanto politicamente gravoso: è un banco di prova delle capacità del sistema politico di fornire risposte adeguate ai problemi della giustizia.

10.3. Sull'efficienza della giustizia incide anche la *preparazione professionale del magistrato*, e quindi le modalità di reclutamento, gli strumenti di formazione professionale iniziale e permanente, l'organizzazione della carriera.

Del tema si occupa specificamente un'altra relazione. Qui interessa segnalare, in via di principio, che il rifiuto dell'equiparazione agli altri funzionari dello Stato, alla luce della peculiare qualità del potere esercitato, giustamente ribadito su altri temi dai magistrati, non può non valere anche per quelli ora considerati.

Su due aspetti in particolare conviene richiamare l'attenzione. Il primo è che la preparazione di giudici professionalmente all'altezza del loro compito è materia di interesse generale, che non può essere rimessa all'iniziativa spontanea dei singoli aspiranti, né tanto meno ad anomali servizi privati (come lo scandaloso fenomeno delle «scuole» di preparazione al concorso gestite da magistrati). La *riforma degli studi giuridici* e delle facoltà di giurisprudenza è tema essenzialmente politico, che non può essere delegato alla burocrazia del Ministero della pubblica istruzione.

10.4. L'aumento della produttività del sistema giudiziario richiede soprattutto la razionalizzazione e l'efficienza della struttura. Ciò non toglie che esiste anche – come del resto in ogni burocrazia – un problema di *produttività del singolo giudice*.

L'introduzione di forme di controllo democratico – affidate ai Consigli giudiziari riformati – sulla produttività e l'efficienza (non certo sui contenuti) dell'attività del magistrato non contrasta affatto con l'indipendenza.

Ciò presuppone l'individuazione di indici e di *standards* di produttività del lavoro giudiziario. Si è osservato che un contributo potrebbe venire

«dalla raccolta, oggi possibile con i mezzi informatici, e dal successivo utilizzo di dati statistici attendibili (oggi le statistiche giudiziarie lo sono poco) che siano fortemente articolati e disaggregati. Se ne ricaverebbero notevoli vantaggi. Si riuscirebbe ad elaborare, basandosi sull'esperienza dei grandi numeri, *standards* oggettivi, e quindi accettabili, di produttività per i singoli. Probabilmente, già la sola diffusione di questi *standards* determinerebbe una forte spinta psicologica nei confronti di ciascuno a rispettarli. Sarebbe poi possibile utilizzare le statistiche riguardanti ogni singolo magistrato sia in funzione punitiva per l'avvio delle procedure disciplinari dove necessario, e cioè nei casi di inspiegabile e continua produzione fortemente inferiore agli *standards*, sia e soprattutto in funzione premiale a favore dei magistrati più produttivi, in termini di vantaggi di carriera in tutte le articolazioni» (S. CHIARLONI, *La giustizia civile degli anni '80: le riforme possibili*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 225).

10.5. È chiaro peraltro che questo discorso – come molti di quelli che si sono sin qui svolti – è del tutto irrealistico se non si interviene su quell'aspetto della crisi della giustizia che è costituito dal *deficit di risorse e strutture*.

La quantità e qualità della spesa per la giustizia è da decenni a livelli del tutto insufficienti. Il sistema politico non vede in questo settore un soddisfacente terreno di scambio tra risorse collettive e consenso elettorale. L'opposizione è costretta ad ingaggiare ogni anno battaglie parlamentari per ottenere risicati aumenti di bilancio.

Se la giustizia è in condizioni di emergenza, occorre un *impegno finanziario straordinario nell'ammontare delle risorse e nelle modalità di spesa*.

Non basta infatti un mero incremento degli stanziamenti. La spesa per la giustizia deve essere erogata secondo un programma che individui precise priorità, anzitutto per *la meccanizzazione e l'informatica*. L'idea dell'«azienda giustizia» pare riduttiva, e lo si è detto. Ma se una prospettiva di questo tipo è certamente anch'essa rilevante, l'istituzione giudiziaria deve avere i supporti tecnici di cui ogni azienda moderna dispone.

10.6. Né può trascurarsi, nella prospettiva dell'efficienza, l'esigenza della *riforma del Ministero di grazia e giustizia*. Questo è ancora disciplinato sostanzialmente dalla normativa precostituzionale; è mancato persino l'adeguamento legislativo dopo l'entrata in funzione del Consiglio superiore della magistratura. Oltre agli aspetti comuni al tema generale della riforma dell'esecutivo, ai quali non è possibile neppure accennare in

questa sede, vi sono nodi peculiari. Anzitutto, appunto, quello dei compiti del Ministero rispetto al Consiglio superiore.

L'indicazione costituzionale (artt. 104 e ss. e 110) è chiara: al secondo spetta in via di principio quella che oggi si usa chiamare l'"amministrazione della giurisdizione"; al Ministero l'organizzazione dei «servizi relativi alla giustizia». Ciò implica, fra l'altro, una forte diminuzione del numero dei magistrati che attualmente vi lavorano.

La riduzione delle competenze consentirebbe al Ministero di svolgere un ruolo più incisivo sul terreno della legislazione, ai fini sia del raccordo dell'iniziativa legislativa del governo, sia della razionalizzazione della normativa vigente. Si è già notato, del resto, quanto stretto, e diverso dal passato, sia oggi il rapporto tra legge e giurisdizione. Nella prospettiva di una riforma non solo nominalistica, merita accoglimento l'idea di cambiare la denominazione in quella di «Ministero della giustizia e della legislazione».

*A proposito di analisi critica del diritto**

1. Per una Rivista che si autodefinisce «critica», può essere non inutile interrogarsi sul senso con il quale tale attributo viene riferito alla riflessione giuridica in altre esperienze culturali.

Un primo dato da valutare riguarda intanto la ripresa dell'analisi 'radicale' (e spesso marxista) sul diritto riscontrabile, con coincidenza forse non priva di significato, tanto in Francia e nella Germania federale (come prosecuzione di un discorso che già la scuola althusseriana e quella francofortese avevano avviato), quanto (e con esiti forse più interessanti) in Gran Bretagna (come negli studi che compaiono sul *British Journal of Law and Society* o nel recente libro di Collins su *Marxism and Law*).

Ma l'esperienza più significativa, anche in questo campo, è quella nordamericana. Il movimento che si è dato il nome di «Critical Legal Studies» ha una produzione quantitativa abbondante (per una recensione dell'opera collettiva *The Politics of Law. A Progressive Critique* si veda quanto scritto da Ugo Natoli nel n. 3 del 1983 della *Riv. crit. dir. priv.*), si è dato da diversi anni un'autonoma struttura organizzativa, ha un peso accademico crescente, e trova una significativa attenzione nella scienza giuridica 'ufficiale'. Un autore estraneo al movimento ha potuto anzi scrivere che «il pericolo attuale per esso non è quello di essere trascurato o ignorato, ma di ottenere troppo successo».

Il dato più interessante è che tale successo viene conseguito nonostante il radicalismo spesso estremo degli autori 'critici'. Valori che la scienza sociale nordamericana tende per lo più a considerare postulati indiscussi vengono messi in discussione, comprese le istituzioni della democrazia statunitense e il meccanismo economico capitalistico; e la critica coinvolge l'intera tradizione del *common law*, da Blackstone in poi. Si salva pressoché solo la lezione del Realismo giuridico; che costituisce anzi (particolarmente nella critica alla neutralità delle regole giuridiche, e nell'attenzione ai nessi tra queste e i rapporti sociali ed economici) il consapevole punto di partenza dal quale il movimento trae lo spunto per una più radicale 'demistificazione' dei discorsi della scienza giuridica.

In effetti, la dimensione 'critica' sembra coprire l'intero campo d'interesse dei «Critical Legal Studies», in una coerente articolazione dell'idea per la quale alla riflessione giuridica è comunque preclusa la

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 681-686.

possibilità di un autonomo e coerente statuto scientifico oggettivo (che non può essere fondato neppure per vie differenti da quelle tradizionali). La dimensione progettuale può porsi se mai al di fuori della specificità del discorso giuridico; e lungo questa strada una parte degli autori del movimento (e soprattutto Duncan Kennedy) tendono a prospettare il modello utopico di una società libertaria dai confini alquanto indefiniti. Né è difficile rinvenire in tale prospettiva gli echi di quel filone anarchico che ha sempre attraversato il pensiero politico nordamericano (da Thoreau a Nozick, per indicare due autori pur così lontani cronologicamente e negli esiti che traggono dal comune rifiuto dello Stato).

Più interessante a me pare (ma il giudizio è naturalmente opinabile) la riflessione prodotta da coloro (come in particolare Horwitz e Tushnet) che della lezione del Realismo giuridico hanno sviluppato soprattutto l'attenzione per la ricostruzione dei fondamenti materiali del diritto statunitense, utilizzando (talvolta esplicitamente) metodi e categorie di un marxismo più o meno aggiornato, compresa la nozione gramsciana di egemonia.

Per il lettore italiano è comunque difficile sfuggire talvolta, di fronte alle 'scoperte' dei C.L.S., all'impressione del *deja vu*: e anche per questo sarebbe poco proficuo tentare di importare la nuova moda, com'è avvenuto e continua ad avvenire per altri filoni della cultura politica e giuridica statunitense. Obiettivi e argomenti della 'demistificazione' del diritto e della scienza giuridica non sono poi molto differenti da quelli che il lettore italiano già conosce (se non li ha usati a sua volta, com'è capitato a più d'uno dei direttori della *Riv. crit. dir. priv.*) e che può facilmente ritrovare rileggendo gli atti di certi convegni, o i fascicoli degli anni '70 di riviste come «Democrazia e diritto» o «Critica del diritto».

Proprio per questo, però, la domanda che ci si può porre è se d'oltre Oceano non venga un segnale che induca a riconsiderare le ragioni (oltre che i limiti) di un filone di ricerca che, se è vero che prometteva nel decennio trascorso esiti forse più fruttuosi di quelli che si sono avuti, è stato però archiviato certo troppo presto. In questo senso, non si tratta di riproporre nuove visioni totalizzanti; ma di riaprire il terreno per un discorso del giurista positivo sul diritto positivo che consenta una pluralità di «vedute della cattedrale» (per usare la metafora di Calabresi). Ed è evidente che tale prospettiva pone un problema che qui può essere solo accennato: quello cioè delle funzioni della scienza giuridica, e della medesima 'legittimazione' (per usare una categoria ben conosciuta dalla cultura sociale contemporanea) di essa.

Che non si tratti di un falso problema, sembra dimostrato proprio

dall'attenzione che le stesse correnti più tradizionali hanno prestato al movimento dei C.L.S. Probabilmente, ciò è avvenuto per la consapevolezza che gli autori critici affrontano nodi cruciali, che il Realismo giuridico aveva individuato, ma non sciolto. Come ha scritto G. Edward White, una volta dimostrata l'impossibilità di fondare coerentemente una metodologia che assuma l'autonomia e l'obiettività delle regole giuridiche, «Realist scholarship seemed a little at a loss as to what to do next». Ed è proprio rispetto al problema così lasciato aperto, che le diverse soluzioni proposte successivamente avevano lasciato più di un dubbio. Il ritorno a un agguerrito concettualismo (talvolta venato da istanze garantiste non disprezzabili) può essere una via d'uscita, o è solo un'allettante forma di rimozione? La fondazione del diritto 'altrove' (nelle regole del mercato capitalistico o in una teoria della giustizia) è riuscita a trovare nella riflessione di Posner o di Dworkin una risposta all'obiezione suscitata dalla pretesa di dare valore precettivo a canoni di giudizio che non siano a loro volta normativamente fondati?

Si comprende così l'interesse che il ritorno di una riflessione, anche fortemente 'critica', che affronti le radici del problema ha suscitato, in una realtà culturale vivace e felicemente disponibile a rimettere in discussione le proprie certezze.

2. Si pone insomma l'esigenza di riprendere un dibattito sul «metodo»; che però non riparta da zero, ma da una riflessione su quanto è accaduto nella disciplina nell'ultimo ventennio. Gli editoriali pubblicati nei primi due anni di vita della nostra Rivista, e con maggiore ampiezza il saggio di Umberto Breccia che apre questo fascicolo, mi pare che costituiscano contributi significativi in questa direzione. Ci si può piuttosto domandare fino a che punto sia utile interrogarsi sulle vicende di un ceto intellettuale quale quello dei giusprivatisti, senza riflettere insieme sulle trasformazioni che hanno contemporaneamente attraversato la società e le istituzioni.

Personalmente, mi riesce difficile ragionare su questi temi come se la produzione dello scienziato sociale, e in genere i processi culturali, si svolgano in vitro, come se 'il contesto' sia stato un mero accidente, e se mai occasione di sviamento, quando non di perdizione. Le nuove dislocazioni e aggregazioni del ceto giuridico, le trasformazioni delle strutture e delle funzioni dell'Università, le influenze che su temi e metodi della ricerca hanno le attività collaterali dei professori di diritto, il rapporto complesso e difficile di alcuni di loro con la politica (e, attraverso questa, con il 'progetto'): è pensabile che tutto ciò sia irrilevante, e che non

si tratti invece che di tornare a contrapporre gli antichi argomenti della dommatica e dell'esegesi, del realismo e del formalismo?

D'altra parte, in assenza di un ragionamento che comprenda le motivazioni anche 'esterne' di una vicenda culturale, vi è il rischio che anche i frutti più significativi e consolidati di quella vicenda (cito, esemplificando e schematizzando: l'allargamento dell'area del diritto civile sul versante dell'economia e su quello dei diritti 'civili' e degli interessi diffusi; il nuovo modo di vedere il rapporto tra legge e giurisdizione; l'attenzione delle norme di tutela oltre la tradizionale dicotomia tra diritto sostanziale e processo; il recupero della dimensione storica delle categorie dommatiche) restino sommersi in una dislocazione dell'ideologia giuridica tradizionale che si risolve in se stessa (nella mera perdita di un centro). E il recente e suggestivo libro di Pietro Barcellona propone su tale questione riflessioni di estremo interesse.

Probabilmente un terreno non sterile di dibattito richiede intanto la presa d'atto (che non sempre vi è) della legittimità di un pluralismo metodologico, che accetti e promuova una diversificazione dei modi di leggere il diritto. E ciò non solo in nome di una generica ma non inutile istanza pluralistica; ma nel senso forte che discende dalla consapevolezza delle molteplicità delle funzioni proprie della mediazione culturale sul diritto positivo. Il vero limite del filone dell'«uso alternativo del diritto» era nel rifiuto dell'idea della complessità funzionale dell'analisi giuridica; e nella pretesa quindi di tradurre immediatamente il discorso 'critico' in esiti operativi.

Per tale via, la prospettiva 'critica' si risolveva e si esauriva in due poli contrapposti: la demistificazione della neutralità e della possibilità di fondare scientificamente la sistematica tradizionale, da un lato; il tentativo di rinvenire sempre e comunque l'interpretazione 'alternativa' della norma vigente, dall'altro. È difficile sfuggire all'impressione di una sorta di riflesso speculare di una tradizione che assegna al giurista positivo il compito di sistemare e interpretare il diritto vigente, escludendone la critica della norma posta e la progettazione della norma da porre.

È proprio nel nesso tra critica e progettualità (se entrambe le prospettive vengano assunte secondo un'ottica non ideologica, che si misuri con i concreti problemi della regolazione giuridica di una società industriale contemporanea, senza però in essi dissolversi) che può forse trovarsi (e certo senza gli agi delle facili scorciatoie) il filo conduttore che consenta di superare i limiti tanto del discorso 'acritico', quanto di quello che assuma la delegittimazione come obiettivo unico e in sé risolutivo.

Certamente per tale via si pone il problema, cui accennavo in

precedenza, della oggettività dei 'valori' sui quali laicamente fondare un'analisi critica del diritto positivo. Ma il problema (come osserva Breccia nell'ultima parte del suo saggio) non è forse privo di una seria soluzione metodologica; e in ogni caso le difficoltà della strada (e il rischio di scambiarla per una zona franca dove ogni banalità diviene lecita) non possono esimere dall'affrontarla, e pongono se mai la questione di un più rigoroso controllo (e autocontrollo). Altrimenti, si correrebbe il rischio opposto di amputare in modo rilevante l'oggetto del discorso scientifico del giurista positivo.

Le fratture e frizioni che percorrono l'ordinamento (effetto di quell'insieme ben noto di fenomeni che Franz Neumann riassumeva già negli anni '30 in termini di «mutamento delle funzioni della legge nella società borghese») pongono certamente in discussione l'idea medesima del sistema, se non anche quella di normatività, come suggerisce Barcellona nel libro prima ricordato. Non vi è dunque spazio, per il giurista serio e realista, che per l'esegesi, come pure viene da qualche tempo suggerito? O l'ipotesi di una critica progettuale ha anch'essa un suo spazio ampio e 'scientificamente' riempibile?

Domande e temi che qui è possibile solo accennare; ma dei quali mi pare tuttavia difficile negare la centralità. E l'attenzione inattesa che esse ricevono in esperienze culturali, alle quali si è abituati a ricorrere per trovare il riscontro di ben differenti discorsi, potrebbe esserne una significativa conferma.

*Categorie giuridiche e rapporti sociali. Introduzione**

SOMMARIO: 1. Premessa: la cultura giuridica italiana e il marxismo – 2. La nozione di ‘negoziò giuridico’ Forma negoziale e processo storico nell’elaborazione pandettistica – 3. ‘Socialità’ e ‘individualismo’ nella revisione della teoria negoziale – 4. ‘Critica’ e ‘crisi’ nel negozio giuridico. ‘Le aree nuove di negoziabilità’ – 5. Cultura giuridica e forme della trasformazione.

1. Premessa: la cultura giuridica italiana e il marxismo

La discussione sul “negoziò giuridico” raccolta in questo *reading* si colloca all’interno dell’originale confronto con il marxismo e con la politica del movimento operaio, che ampi settori della cultura giuridica italiana hanno avviato negli ultimi anni. La storia compiuta di questo confronto richiederebbe una rilettura complessiva del rapporto tra intellettuali e stato nella società italiana, lungo il filo delle trasformazioni materiali della società civile e dei mutamenti funzionali e qualitativi dello stato. Mi propongo qui il più modesto obiettivo di offrire alcuni elementi di informazione sui temi dibattuti negli ultimi anni dalla cultura giuridica italiana di orientamento marxista, allo scopo di ricordare il quadro nel quale si inserisce la discussione sul “negoziò giuridico” raccolta in questo volume, e dal quale trae significato la scelta stessa di questo tema come oggetto di riflessione collettiva.

1.1. Per tutta una fase della storia repubblicana, il rapporto del movimento operaio con la tematica istituzionale è stato fortemente segnato dalla rottura politica e sociale del 1947. Nel momento in cui l’azione dei gruppi dirigenti del paese sembrava voler porre in discussione lo stesso assetto democratico dello stato, la linea istituzionale della sinistra non poteva non essere segnata da una prospettiva garantista e difensiva. Alla definizione di tale linea contribuiva anche una concezione del rapporto tra istituzioni e trasformazione sociale non pienamente sviluppata, che portava a sottolineare essenzialmente gli elementi di frattura tra la

* Pubblicato in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Feltrinelli, Milano, 1978, pp. 11-56. Il volume comprende scritti di P. Barcellona, F. Cavazzuti, A. di Majo, F. Galgano, E. Gliozzi, B. Inzitari, C. Marzuoli, C. M. Mazzoni, U. Natoli, P. Rescigno, E. Roppo, U. Ruffolo e A. Schiavone. All’origine è l’incontro di studio sul negozio giuridico organizzato dalla sezione giuridica dell’Istituto Gramsci e dalla rivista *Democrazia e diritto*.

forma 'borghese', anche se avanzata, e la forma socialista dello stato. La parola d'ordine dell'"attuazione costituzionale" si dirigeva quindi più alla realizzazione, in chiave liberaldemocratica, degli istituti e delle procedure previsti dalla Carta del '47, che al pieno dispiegamento degli aspetti di 'democrazia progressiva' in essa presenti. Pur non obliterati – si pensi alla dichiarazione programmatica e al dibattito che accompagna l'VIII Congresso del Pci – tali aspetti venivano in una certa misura "separati" dall'esigenza fondamentale, che rimaneva quella garantista¹.

Tra difesa del quadro democratico e riflessione critica sul diritto e sullo stato vi era quindi soluzione di continuità; la dimensione istituzionale del rapporto tra democrazia e costruzione del socialismo non diveniva fino in fondo patrimonio complessivo del movimento popolare, e a essa la cultura giuridica, anche di orientamento progressista, si mostrava in larga misura indifferente.

A lungo isolata rimane, per tutto l'arco degli anni '60, la riflessione di Umberto Cerroni², dalla quale non si può non partire per la periodizzazione sul rapporto tra marxismo e scienza giuridica in Italia. Com'è noto, muovendo dalla rilettura, proposta negli anni precedenti da Della Volpe, di alcuni aspetti del pensiero marxiano, Cerroni critica sia l'impostazione della cultura giuridica moderna, fondata sul carattere "neutro" delle categorie giuridiche e sulla frattura tra sfera giuridica e strutture materiali, sia le visioni paleomarxiste del diritto e dello stato come "sovrastrutture" mistificanti dei rapporti di produzione. D'altra parte, la rilettura del pensiero giuridico sovietico degli anni '20³ ne mostra

¹ Naturalmente questi problemi richiederebbero una lettura ben più approfondita di quella qui possibile, articolata in generale sull'evoluzione del rapporto teorico e pratico del movimento operaio italiano, e in particolare del Pci, con le istituzioni, e attenta in particolare al significato e ai limiti della lettura del garantismo proposta da G. della Volpe (approfonditi in maniera convincente da G. VACCA, *Scienza, Stato e critica di classe*, Bari, 1970, pp. 123 ss.). Del dibattito svoltosi nella metà degli anni '50 vanno ricordati almeno i contributi, apparsi su "Rinascita" mensile, di V. GERRATANA, *La teoria marxista dello Stato e la via italiana al socialismo*, n. 8-9, 1956, L. GRUPPI, *Ancora sul problema dello Stato*, n. 10, 1956 e E. SERENI, *Democrazia e socialismo nella rivoluzione italiana*, n. 3, 1957, dai quali emerge il quadro della discussione che accompagna e segue l'VIII Congresso.

² I testi di U. CERRONI cui mi riferisco sono in particolare *Marx e il diritto moderno*³, 1972 (la prima edizione è del 1962) e *La libertà dei moderni*, Bari, 1968.

³ La traduzione di alcuni fondamentali scritti di E.B. Pašukanis, P.I. Stučka, A.J. Vyšinskij e M.S. Strogovič è del 1964 (*Teorie sovietiche del diritto*, Milano); una raccolta organica degli scritti di P.I. Stučka è edita nel 1967; infine, nel 1969 U. Cerroni pubblica un riesame complessivo del dibattito giuridico e istituzionale sovietico dalla Rivoluzione agli anni '60 (*Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969).

l'incapacità, anche nelle sue espressioni più alte, a superare la concezione engelsiana dello stato e del diritto come entità deliberatamente volute dalle classi dominanti al fine di sanzionare e difendere il rapporto di produzione sottostante al dominio politico. La riduzione di tutto il fenomeno giuridico al diritto privato, proposta da Pašukanis, finisce per sfociare nella riduzione – teorizzata da Vyšinskij – del diritto pubblico a politica, cioè a strumento dello stato per l'attuazione della volontà della classe dominante (borghese o proletaria). La negazione di un rilievo teorico generale alla tematica delle istituzioni della transizione apre così la via all'arbitrio del potere politico, comunque fondato o organizzato.

Cerroni sottolinea invece come le connessioni oggettive che la normazione giuridica formale e astratta e lo stato di diritto hanno con la specifica struttura dei rapporti economico-sociali dell'età borghese si fondino essenzialmente sul dualismo tra società civile e stato – conseguente alla separazione tra produzione sociale e appropriazione non sociale – e quindi sulla reciproca funzionalità, data proprio dalla loro formale separazione, tra diritto pubblico e privato. La “critica del diritto” copre allora tutta l'epoca storica occupata da un assetto economico-sociale nel quale è ancora operante la legge del valore. Ne emerge una duplice indicazione. Stato e diritto, lungi dall'essere mere sovrastrutture dei rapporti di produzione, assumono l'autonoma funzionalità di componenti strutturali della formazione economico-sociale, e restano quindi “oggetti di scienza”. Inoltre, la trasformazione dei rapporti economico-sociali è legata con un nesso stretto di reciprocità alla trasformazione dell'assetto giuridico-istituzionale, e postula che l'attenzione scientifica si incentri proprio su quel nesso e su quella interdipendenza, come unico “punto di vista” che consenta che consenta la fondazione scientifica della direzione sociale nella fase della transizione.

È essenzialmente con questa teoria critica del diritto che si incontra, dalla fine degli anni '60, la ‘domanda di sapere giuridico nuovo’, conseguenza di un processo profondo che investe la cultura giuridica italiana.

1.2. Come già si è accennato, non è dato intendere tutto il senso di questo processo senza riflettere sul rapporto tra intellettuali e stato quale si ripropone dopo la “restaurazione” del '47-'48, e sulla crisi di questo rapporto, aspetto non marginale della crisi del capitalismo italiano che si apre sul finire degli anni '60. È qui possibile offrire in proposito solo qualche prima e sommaria indicazione.

In Italia la crisi si presenta con un forte spessore istituzionale, connesso agli aspetti peculiari del modello di sviluppo del capitalismo italiano. Com'è noto, tale modello si caratterizza per il nesso tra relativa arretratezza storica delle forze produttive e funzione particolarmente penetrante dello stato come strumento per l'organizzazione dall'alto del processo economico e della struttura sociale.

L'*impasse* dello sviluppo economico e sociale investe subito la tematica istituzionale e il ruolo degli apparati pubblici. Il carattere fortemente istituzionale della crisi italiana si riflette sulla cultura giuridica in almeno due direzioni. In primo luogo esso pone in luce le trasformazioni che le funzioni dello stato, rispetto al classico modello dello stato di diritto, hanno subito almeno a partire dal fascismo e, poi, con maggiore intensità, nel periodo della direzione politica della Dc. Queste trasformazioni, coinvolgendo le forme tradizionali di mediazione normativa, mettono in discussione l'idoneità dei consueti schemi concettuali a dare conto della effettiva trama dei rapporti giuridici⁴. Inoltre, il nuovo ruolo, e poi la crisi, degli apparati pubblici incidono sulla collocazione sociale del "ceto dei giuristi", secondo forme e in direzioni particolarmente complesse⁵.

Questi fattori concorrono ad aprire all'interno della cultura giuridica una fase di rinnovamento profondo, nella quale diviene centrale la riflessione sul significato sia del rapporto del giurista come intellettuale con lo stato, sia della sua "separatezza" rispetto alla società civile. Gli operatori del diritto, e soprattutto i magistrati, vivono un'intensa stagione di ripensamento del proprio ruolo; gli studiosi si interrogano sulla capacità del sapere giuridico tradizionale di comprendere realmente i processi in atto, prima ancora che sulla sua funzionalità a una ipotesi di trasformazione. Si determina così quella che è stata definita una "domanda di sapere giuridico nuovo".

Il periodo di riflessione che si apre alla fine degli anni '60 è segnato dalla crisi profonda di una ideologia fondata sul convincimento della natura autonoma e separata del diritto, non estranea del resto alla spinta

⁴ È questo un tema che non sfugge del resto, già a partire dagli anni '50, ad alcuni settori della cultura giuridica accademica: basti ricordare la riflessione di Tullio Ascarelli. È appena il caso di ribadire, d'altra parte, che questo primo punto dell'introduzione si propone il limitato obiettivo di ricordare i tratti essenziali, necessari per intendere il senso complessivo delle ricerche qui raccolte, di una vicenda culturale; e non certo di proporre una lettura generale della storia recente della cultura giuridica italiana.

⁵ Una lettura di questa vicenda è proposta da G. COTTURRI in *Didattica e ricerca: la riproduzione del ceto dei giuristi*, e in altri saggi ora raccolti in P. BARCELLONA, G. COTTURRI, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari, 1974.

alla “demistificazione” dell’oggettività delle scienze sociali, particolarmente forte nel clima del ’68. Si tratta allora di definire in termini nuovi il rapporto del giurista con lo stato e con la società⁶, e la definizione di tale rapporto si incontra subito con due questioni centrali: la collocazione di una riflessione critica sul diritto rispetto alla cultura tradizionale, e l’individuazione del soggetto o dei soggetti sociali che si pongono come punto di riferimento dell’attività del giurista⁷.

È partendo da questi due punti che un gruppo consistente di giuristi converge, all’inizio degli anni ’70, intorno all’ipotesi dell’ “uso alternativo del diritto”. A distanza di qualche tempo è possibile constatare che quella ipotesi rappresentava più un terreno di incontro in negativo – come reazione critica a una collocazione teorica e sociale che veniva respinta, e come rifiuto della metodologia formalistica – che una proposta organica e unitaria di rinnovamento. Rileggendo gli scritti di quel periodo⁸ emerge infatti una pluralità di posizioni culturali e politiche, che vanno da un atteggiamento estremo – che fa coincidere il compito nuovo del giurista con la partecipazione diretta alla lotta di classe, al di fuori di ogni specificità intellettuale – alla semplice elaborazione di tecniche interpretative diverse da quelle tradizionali, in quanto reputate più idonee a proteggere gli interessi “sociali”.

Entrambi i poli risultano teoricamente e praticamente inadeguati. Il rifiuto di ogni discorso giuridico che non si limiti a essere discorso “intorno” al diritto, di demistificazione dell’astrazione giuridica, lascia spazio all’obiezione kelseniana⁹ (ancora oggi riproposta da chi nega l’esistenza o la possibilità di una teoria marxista dello stato), per la quale sarebbe possibile un solo discorso tecnico-giuridico, quello tradizionale e “neutro”,

⁶ Forse proprio nella centralità che assume questo tema è possibile rinvenire il dato nuovo rispetto a una riflessione che già negli anni precedenti si era proposta un ripensamento degli orientamenti dominanti nella cultura giuridica: si pensi, per tutti, ai saggi di P. RESCIGNO raccolti in *Persona e comunità*, Bologna, 1966 o alle note prolusioni di S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 e di N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297.

⁷ Sono le questioni sottolineate dall’editoriale che apre nel 1972 la nuova serie di “Democrazia e diritto”, diretta da Luigi Berlinguer, che costituisce il primo momento di aggregazione di settori della cultura giuridica intorno a un esplicito rapporto con il marxismo e con la politica del movimento operaio.

⁸ V. soprattutto i due volumi che raccolgono gli atti del Convegno organizzato a Catania nel 1972 [P. BARCELONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, Bari, 1972].

⁹ Una piena esplicitazione della ‘teoria pura del diritto’ in questo senso è in H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1955, particolarmente pp. 155 ss.

così come sarebbe possibile una sola forma di “diritto razionale”, quella espressa dalle categorie giusprivatistiche moderne e dallo stato di diritto. D'altra parte, le linee di politica del diritto costruite su quelle basi propongono una aggregazione dei giuristi intorno ai momenti di conflittualità e ai “soggetti esclusi”, che salta la centralità del rapporto tra classi sociali e stato: è al giudice, in definitiva, che si affida il ruolo di strumento per l'emersione delle contraddizioni del sistema giuridico e sociale¹⁰.

Il dibattito sull'uso alternativo del diritto non rappresenta in realtà che un momento di passaggio verso la formulazione di una prospettiva differente, che sarà caratterizzata dall'incontro della maggior parte della cultura giuridica di sinistra (a partire dai protagonisti di quel dibattito) con la proposta teorica e politica del movimento operaio organizzato, che in quegli stessi anni dalla riflessione sui caratteri della crisi trae motivi per un decisivo approfondimento del tema dei rapporti tra trasformazione sociale e questione dello stato.

1.3. In un parallelismo evidentemente non casuale con la vicenda culturale che si è ricordata, l'azione politica e l'elaborazione culturale del movimento operaio italiano affrontano infatti negli ultimi anni il tema dello stato in una prospettiva nuova e più ravvicinata, che si propone di coniugare la tradizionale visione fortemente critica dell'economia e dello stato borghesi con il convincimento della centralità che assume, nel processo di cambiamento sociale, la costruzione di un nuovo modo di essere della mediazione istituzionale.

Non è qui il caso di ricostruire il non breve né facile processo che ha portato al centro della strategia della sinistra, e in particolare del Pci, il tema della riforma dello stato come “principale riforma economica”¹¹.

È un processo che ha le sue origini nella specifica tradizione del movimento operaio italiano, dalla riflessione gramsciana alla definizione, negli anni della Resistenza e della Costituente, della nozione di “democrazia progressiva”. Su questa tradizione si innestano fattori legati

¹⁰ In questa direzione uno dei risultati più notevoli è rappresentato dal convegno organizzato a Bari nel 1973 su *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, i cui atti sono stati raccolti in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974.

¹¹ Una sommaria bibliografia relativa agli ultimi anni può partire dagli atti del Convegno dell'Istituto Gramsci su *La riforma dello Stato* (Roma, 1968). Cfr. poi in particolare P. INGRAO, *Masse e potere*, Roma, 1977; e i dibattiti pubblicati da “Democrazia e diritto” su *Forme di governo e rapporti fra i partiti* (1976), *Questione comunista e direzione dello Stato* (1974-5) e *Gestione dell'economia e pluralismo sociale* (1976).

alla storia repubblicana: il superamento vincente della fase “difensiva”, che si è precedentemente ricordata, nel rapporto tra movimento operaio e istituzioni apre un periodo nuovo, nel quale la considerazione delle funzioni determinanti svolte dagli apparati pubblici nella organizzazione dell’economia italiana, particolarmente accentuate a partire dagli anni ’50, si incontra con il fallimento dell’ipotesi riformista del centro-sinistra, strettamente legato all’assenza di una valida strategia istituzionale. L’accostarsi di tutto il movimento operaio a compiti di governo impone oggi la definizione in termini sempre più concreti di un’ipotesi di trasformazione fondata sul nesso profondo tra ampliamento della democrazia e costruzione del socialismo.

La strategia politica del movimento operaio italiano si incontra così con il nodo decisivo dello stato, e con l’esigenza di definire forme giuridiche e mediazioni istituzionali adeguate, trovando quindi una obiettiva convergenza con i nuovi orientamenti di ampi settori della cultura giuridica. Proprio in questo nesso organico, non certo facile né automatico, tra l’analisi teorica maturata all’interno di questa cultura e la strategia della sinistra italiana, sembra possibile cogliere il segno nuovo della riflessione più recente sul diritto e sulle istituzioni.

Tale riflessione, infatti, superando i limiti che si sono ricordati, pone come proprio oggetto non più la utilizzazione eversiva e sostanzialmente subalterna di spazi alternativi all’interno delle istituzioni, ma la “qualità” complessiva della mediazione giuridica, e quindi la costruzione di una scienza critica del diritto che sia in grado di comprendere non solo il passato, ma anche il presente, innestando sull’analisi del potere e del diritto l’individuazione degli agenti storici e degli strumenti della trasformazione; e che sia quindi funzionale al movimento progressista reale operante nella società italiana.

La ricerca più recente affronta questa prospettiva lungo un duplice versante.

Vengono in primo luogo analizzate le funzioni nuove e complesse dello stato del capitalismo monopolistico¹². Tali funzioni investono ormai il cuore della produzione capitalistica, e non si lasciano più leggere esclusivamente all’interno del classico modello critico fondato sulla subordinazione degli apparati burocratico-rappresentativi alle istanze della società civile, attraverso l’autonomia funzionale tra i rapporti di produzione autoregolati dal mercato e la sfera politica che garantisce

¹² Il riferimento è soprattutto a P. BARCELLONA, *Stato e mercato tra monopolio e democrazia*, Bari, 1976; F. GALGANO, *Le istituzioni dell’economia capitalistica*, Bologna, 1974.

le condizioni della riproduzione del capitale. La subordinazione delle istituzioni pubbliche all'appropriazione privata deve essere invece decifrata all'interno di un intreccio nuovo e complesso tra funzioni dello stato e accumulazione.

Su questo tema si innesta subito quello della definizione delle forme istituzionali di un processo di ricomposizione sociale diretto dalla classe operaia secondo un progetto nuovo di razionalità produttiva e politica, che sia in grado di mutare il segno di classe dello stato moderno: la critica delle istituzioni del capitalismo monopolistico si salda così alla costruzione degli strumenti per una progressiva ricomposizione tra stato e società civile, tra direzione politica democratica e di massa e processo economico.

1.4. Quando la riflessione si accosta ai temi centrali dell'intreccio tra mediazione giuridica e direzione dell'economia, la critica dello stato di diritto e delle categorie giuridiche del capitalismo concorrenziale rischia dunque di rivelarsi insufficiente. La tendenza storica dello sviluppo capitalistico verso la riproposizione del nesso economia-istituzioni in un meccanismo unico di tipo burocratico, mentre riproduce in forme nuove la subordinazione del pubblico al privato, introduce elementi di distorsione nelle categorie classiche del diritto moderno. Nessuna di esse – dal diritto soggettivo alla norma generale e astratta, dall'eguaglianza formale all'illecito e al contratto – conserva i suoi caratteri originali, quali definiti dal grande processo di elaborazione teorica e di codificazione civile e costituzionale che si svolge tra la metà del secolo XVIII e la fine del secolo scorso. E tuttavia ciascuna di queste categorie, pur stravolta e deformata, conserva il ruolo di forma non sostituibile di mediazione dei processi sociali. È evidente che le ragioni sia di questa persistenza sia di questa distorsione devono essere colte all'interno dell'intreccio sempre più profondo e complesso tra le istituzioni pubbliche e una società civile fondata privatisticamente.

Si comprende allora in che senso si può affermare che la riflessione sulle categorie classiche del diritto moderno non è certo estranea al tema del rapporto tra democratizzazione dello stato e costruzione di forme nuove, economiche e politiche, di organizzazione della società. Dal punto di vista teorico, questa prospettiva implica la definizione degli elementi sia di rottura sia di continuità rispetto alla cultura giuridica classica.

La fondazione di una cultura giuridica che superi pienamente il tradizionale impianto formalistico e normativistico costituisce un nodo che non si può ancora ritenere del tutto sciolto. Si può ricordare, a

questo proposito, la proposta, recentemente avanzata, di vedere nella costruzione di forme nuove di “diritto diseguale” il compito attuale della cultura giuridica marxista. Muovendo sia dai risultati raggiunti dall’analisi dello stato del capitalismo monopolistico, che ho prima ricordato, sia da alcuni recenti contributi del marxismo teorico italiano, si è sottolineata l’esigenza di incentrare la riflessione istituzionale sul significato della dialettica astratto-concreto nello stato del capitalismo monopolistico, e sulla definizione delle forme per un rapporto nuovo tra i due momenti, che superi non solo il tradizionale dominio dell’astratto del capitalismo concorrenziale, ma anche l’apparente realismo della formalizzazione di classi di diseguaglianza nella quale opera il capitalismo monopolistico.

La definizione di forme nuove di diritto diseguale, il cui contenuto storico sia dato “dai nuovi bisogni sociali della masse popolari organizzate”, costituisce, in questa prospettiva, il “modo storicamente determinato per il superamento del diritto e dello stato in una situazione di alto sviluppo capitalistico che spezzi la densità astratta del quadro di riferimento dei rapporti borghesi” (A. SCHIAVONE, *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*, in *Democrazia e diritto*, Bari, 1975, pp. 24-25).

Non sono poche le questioni, teoriche e politiche, che la formula del “diritto diseguale” può sollevare. Se per “diritto diseguale” si intende il deperimento funzionale dei caratteri di astrattezza e generalità del diritto, come fondarlo scientificamente in modo da evitare l’appiattimento del rapporto giuridico nel rapporto politico? Se è invece in questione solo una normazione che muova dal riconoscimento della diseguaglianza sostanziale dei soggetti formalmente parificati, è sufficiente, per differenziarla dall’interventismo dello stato tardo-capitalistico, il diverso segno sociale degli ‘interessi’ posti alla base della tutela?

È difficile negare, tuttavia, che solo sciogliendo questi nodi, e definendo quindi i presupposti e gli elementi di una “nuova qualità dell’astrazione”, la riflessione sul diritto può essere in grado di decifrare i caratteri nuovi della mediazione giuridica, e quindi di collegare l’analisi a un ‘progetto’ complessivo e razionale di trasformazione.

Con questi interrogativi la riflessione di teoria giuridica si innesta subito nel dibattito sul nesso tra democrazia e socialismo e sulle forme istituzionali di “una democrazia capace di cambiare il regime sociale”, per usare le parole di Ingrao. Un’ipotesi antiburocratica di transizione, che muova verso l’obiettivo dell’autogoverno dei produttori, non può prescindere dal rapporto funzionale tra forme della produzione e forme della politica e del diritto.

Quell'obiettivo, infatti, sembra postulare una dimensione storica della transizione, nella quale permangono forti elementi di tensione tra le forme 'separate' della produzione e l'istanza della ricomposizione comunitaria.

Eccoci dunque a un nodo centrale, sul quale proporrò alcune considerazioni alla fine di questa introduzione: in che misura la permanenza per un'intera epoca storica della divisione sociale del lavoro e della forma di merce si lega alla costruzione di forme qualitativamente nuove della mediazione giuridica, tali da "saltare" integralmente il "vecchio" sistema del diritto, e da negare quindi ogni "effetto di conoscenza delle sue categorie conoscitive"? Il problema teorico rivela tutto il suo spessore politico, nella misura in cui affronta la questione della funzione delle categorie giuridiche moderne – a partire dalla forma di legge generale e astratta e dallo stato burocratico-rappresentativo – nell'intera epoca storica della transizione.

È all'interno di un quadro di riferimento teorico e politico così fortemente segnato da un intreccio non facilmente districabile di 'vecchio' e 'nuovo' che si è sviluppato il dibattito, qui raccolto, sul 'negozio giuridico', che va quindi letto anche come un tentativo di verificare alcuni aspetti di una teoria critica e positiva del diritto alla luce di una categoria centrale del sistema classico del diritto moderno.

2. La nozione di 'negozio giuridico' Forma negoziale e processo storico nell'elaborazione pandettistica

I contributi qui raccolti affrontano il tema del negozio giuridico lungo tre direttrici di fondo. La prima riguarda le origini e la funzione dello schema negoziale classico, elaborato nel secolo scorso dalla scienza giuridica tedesca. Viene poi in questione la storia di questo schema e delle revisioni di esso, vista non come evoluzione da collegare a esigenze di miglioramento conoscitivo e di più adeguata comprensione della 'natura' del negozio, ma come elemento di un processo di modificazione strutturale e funzionale della mediazione giuridica. Si pone, infine, il tema della 'crisi' dello schema negoziale, e della verifica del suo valore conoscitivo e operativo.

La ricerca propone evidentemente una lettura del negozio in chiave molto diversa da quella tradizionale della cultura giuridica. Tuttavia, come ho cercato di ricordare, la riflessione marxista sul diritto dispone ormai di basi teoriche sufficientemente mature per non ricadere in meccaniche

riproposizioni dello schema sovrastruttura-struttura. Il lettore avrà modo di constatare che le analisi contenute in questo volume presuppongono, e in larga misura contribuiscono a definire ulteriormente, una visione molto più complessa e articolata del nesso tra rapporti sociali, mediazione giuridica e riflessione culturale sulla mediazione.

2.1. Nel quadro della sua opera di sistemazione complessiva del diritto privato moderno, la scienza giuridica tedesca della seconda metà del secolo scorso – la ‘pandettistica’ – costruisce l’intera dinamica giuridica come sistema di ‘fatti giuridici’, cioè di accadimenti ai quali l’ordinamento ricollega un effetto giuridico, una modificazione della precedente posizione dei ‘soggetti giuridici’. All’interno della generalissima nozione di ‘fatto giuridico’ si individua, in primo luogo, la categoria dell’‘atto giuridico’, nel quale la produzione dell’effetto richiede che l’accadimento sia “voluto” dall’autore di esso; poi, come ulteriore specificazione, all’interno della categoria di ‘atto giuridico’ si individua quella di ‘negozio giuridico’, caratterizzata dalla ricorrenza dell’ulteriore elemento che si indica come “volontà degli effetti”: perché si produca l’effetto occorre che il soggetto abbia voluto, oltre che l’atto, anche gli effetti di esso; salvo discutere poi se a tal fine sia sufficiente l’“intento empirico”, od occorra anche l’“intento giuridico”. Si pone così la definizione classica del negozio giuridico come “dichiarazione di volontà diretta a produrre un effetto giuridico”, che è tuttora largamente assunta nelle trattazioni istituzionali¹³.

L’intero sistema del diritto privato viene organizzato intorno alla funzione della volontà¹⁴; e il concetto di negozio giuridico risulta idoneo a ricondurre a unità una organizzazione giuridica nella quale la modificazione delle posizioni soggettive è rimessa in linea di principio alla libera determinazione dei soggetti della società civile, qualunque

¹³ Tra le trattazioni istituzionali più diffuse v. A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1975, pp. 154 ss. e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1971, pp. 130 ss. I testi più recenti conservano sia la nozione di ‘negozio giuridico’, come categoria generale, sia la collocazione del contratto della ‘parte speciale’; anche dal punto di vista sistematico, tuttavia, emerge una considerazione nuova del tema in P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, pp. 264 ss., che svolge ampie riflessioni sulla evoluzione del concetto e insiste sulla sua storicità e relatività; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1975, pp. 157 ss. tende a privilegiare più gli aspetti operativi che quelli conoscitivi della categoria.

¹⁴ La forza espansiva della categoria si è mostrata tale da coinvolgere altri settori della riflessione giuridica, e in particolare il diritto amministrativo (v. in proposito le analisi di C. Marzuoli e di E. Roppo) e il diritto processuale. Come osserva F. Galgano, tuttavia, la figura negoziale non ha assunto in tali settori la stessa importanza che nel diritto civile.

sia la natura dello specifico rapporto sociale: sia il diritto contrattuale patrimoniale (il diritto “dello scambio”), sia gli altri settori del diritto privato sono unificati in ragione della funzione della ‘volontà’. Si individua così una struttura essenzialmente neutra, svincolata dal riferimento al sottostante rapporto sociale e suscettibile di trattazione scientifica autonoma e ‘generale’; mentre gli aspetti della regolazione giuridica propri di determinati rapporti rientrano nelle ‘parti speciali’ del sistema.

Questa struttura logica ha, naturalmente, una sua storia culturale, legata, da un lato, ad alcuni caratteri originari del pensiero giuridico moderno, dall’altro, a esigenze di riorganizzazione istituzionale proprie di taluni aspetti dello sviluppo sociale ed economico del secolo scorso.

I risultati delle ricerche storiche più recenti¹⁵ tendono in effetti a sottolineare la ‘modernità’ delle categorie giuridiche che i grandi sistematori ottocenteschi costruiscono sulle basi dei materiali romanistici. Il concetto di negozio giuridico risale, in forma embrionale, ad alcuni autori minori del giusnaturalismo tedesco del Settecento, che probabilmente risentivano dell’elaborazione groziana della nozione di *pactum* come struttura di diritto naturale. Ma è solo nel *System* di Savigny (1840-9) che il negozio si pone come categoria generale e capace di unificare una teoria dei ‘fatti giuridici’¹⁶.

La riflessione storiografica sottolinea, in generale, l’importanza decisiva dell’elaborazione di Savigny. Nel celebre dibattito sull’opportunità o meno di una unificazione legislativa dei paesi tedeschi ispirata al modello del codice francese, la tesi negativa di Savigny – destinata a prevalere – pur ispirata a uno storicismo che rifiuta le istanze giusnaturalistiche dell’illuminismo e dell’equazione diritto-legge, non significò l’abbandono del progetto diretto a unificare il diritto privato intorno ai cardini dell’eguaglianza formale, del soggetto di diritto, della libertà del volere. La prevalenza di quella tesi significò invece la scelta di utilizzare, allo stesso fine, l’opera dei giuristi in luogo di quella del legislatore. Nello storicismo di Savigny si esprime l’istanza di una sistemazione razionale del diritto privato idonea a ricomprendere la concreta organizzazione

¹⁵ Utilizzo qui in particolare i risultati delle ricerche di M. BRUTTI, voce *Invaldità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, pp. 560 ss.; ID., voce *Mediazione (profili storici e dottrinali)*, *ibidem*, XXVI, Milano, pp. 23 ss.; A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 1973; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1974; G. PUGLIESE, *I pandettisti tra tradizione romanistica e moderno sviluppo del diritto*, in *La formazione del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, a cura di B. Paradisi, I, Firenze, 1977, pp. 29 ss.

¹⁶ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1891, pp. 123 ss.

storica di una società che, non avendo conosciuto la rivoluzione politica borghese, presenta ancora forti elementi di antico regime. Piuttosto che la mediazione legislativa, dunque, è proprio la mediazione scientifica che può rendere omogenee al nuovo modello di società borghese che si viene delineando forme di rapporti assai diverse.

L'obiettivo, proprio di Savigny e in genere della scuola storica nel suo filone romanistico, di definire il 'sistema giuridico' di una società che non conosce la codificazione legislativa, fa assumere un significato particolare all'elaborazione dello schema negoziale. Nel *System* di Savigny, in effetti, si delinea in modo sostanzialmente originale una teoria dei fatti giuridici centrata intorno alla nozione di dichiarazione di volontà, che consente di definire come 'negozi giuridici' "quei fatti giuridici che non solo sono atti liberi, ma tali che al tempo stesso la volontà dell'agente è diretta immediatamente alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico" (SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1891, p. 123).

Quell'obiettivo è ripreso e portato a compimento dalla pandettistica, che elabora una compiuta teoria della riorganizzazione formale dei rapporti sociali, attraverso moduli concettuali astratti e principi normativi generali desunti dalla 'sistemazione' dei materiali romanistici. Alla riflessione dei pandettisti è quindi opportuno dedicare alcune considerazioni più analitiche.

Nel testo più classico della pandettistica, il *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid (1862-70), la trattazione della "parte generale", dopo l'elaborazione dei concetti di diritto (soggettivo) e di soggetto di diritto, si incentra sui "fatti giuridici", cioè sui "singoli momenti degli stati di fatto in base ai quali si effettua la nascita, l'estinzione e la modificazione dei diritti". Ogni modificazione delle posizioni giuridiche dei soggetti trae origine da un "fatto giuridico", inteso come "pronuncia dell'ordinamento giuridico connessa [al] fatto" (pp. 191 e 197), anche se "ciò viene parzialmente sconosciuto nell'uso del linguaggio, secondo il quale si distingue tra nascita [modificazione, estinzione] del diritto per legge e nascita, ecc. per dichiarazione di volontà" (p. 191, n.1). Successivamente, Windscheid osserva che una trattazione unitaria, nel senso di "modo generale di considerarli", dei fatti giuridici è possibile solo per i negozi giuridici (oltre che per gli atti illeciti e per il decorso del tempo) (p.201).

In tale premessa è già insita la funzione unificante che la categoria negoziale assume in ordine all'insieme delle condizioni che incidono sulla posizione dei soggetti. Definendosi il negozio giuridico come "dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico" (p. 202), l'elemento della volontà è posto come fattore fondamentale

e generale di ricomposizione formale delle diverse posizioni sociali. Windscheid procede quindi esponendo la disciplina 'generale' del negozio – applicabile quindi a tutti i 'fatti giuridici' che rientrano in quell'ampia definizione – nella quale viene a compimento il processo di rielaborazione delle regole romanistiche iniziato dai giusnaturalismi.

In precedenza, però, approfondendo l'analisi del "concetto" di negozio giuridico, Windscheid ne aveva riconosciuto il carattere "scientifico"¹⁷, di "concetto, che la giurisprudenza stabilisce per i suoi fini; [...] quindi chiunque prende parte al lavoro scientifico, è autorizzato a dare a questo concetto quella figura, che crede la più acconcia, purché [...] non commetta un'incongruità di linguaggio. A rigore quindi non si dovrebbe dire: negozio giuridico è questo e questo, ma: per negozio giuridico io intendo questo e questo" (p. 202, n. 1). Tanto maggiore interesse assume allora l'incertezza di Windscheid, in ordine alla 'causa prima' dell'effetto giuridico negoziale. Egli osserva, infatti, che, per la produzione di tale effetto, "ciò che è decisivo non è già il volere dell'uomo, ma quello della legge che lo dotò di efficacia giuridica" (p. 202, n. 1). Al tempo stesso, però, respinge la concezione per la quale l'effetto giuridico "avrebbe luogo per fatto del diritto, non in forza della volontà dell'autore del negozio". È vero che "la volontà del diritto, e non la volontà della persona [è] la vera forza generatrice", ma "il motivo per cui il diritto fa luogo alla conseguenza giuridica [è] quello, che la persona lo voglia" (p. 203, n. 1a).

La volontà della persona sembra dunque operare come "motivo" della produzione dell'effetto, e non come "vera forza generatrice". Questo rilievo contrasterebbe con l'affermazione che "il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata", se Windscheid non osservasse subito dopo che "la persona comanda, e il diritto si appropria del suo comando (sotto riserva della *causae cognitio*)" (p. 203, n. 1a).

¹⁷ Proprio attraverso la sistemazione 'scientifica' dei materiali 'storici' la cultura giuridica tedesca del secolo scorso propone una riorganizzazione della mediazione giuridica che si presenta come 'alternativa' rispetto a quella compiuta, nella stessa fase storica, dagli organi legislativi in Francia e dal potere giudiziario nei paesi di *common law*. Il punto è sottolineato da G. PUGLIESE, *I pandettisti tra tradizione romanistica e moderno sviluppo del diritto*, cit., pp. 63 ss.; e da A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, cit., pp. 19 ss. La 'scientificità' della riflessione giuridica diviene quindi una categoria funzionale a un disegno politico di ampissime dimensioni. Su questi temi, in generale, sono da vedersi almeno le classiche pagine di F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967, pp. 433 ss.; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 17 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, pp. 149 ss.

Da un lato, dunque, viene ripresa l'idea dell'immediato potere creativo della volontà; dall'altro, però, la mediazione che l'effetto della volontà subisce attraverso il filtro dell'ordinamento giuridico – che prima delinea l'ambito delle 'competenze' del potere privato, e poi si riserva la *causae cognitio* – sembra trasformare, rispetto al modello liberale classico – che trova la sua massima espressione normativa nel Codice francese del 1804 – il carattere stesso del rapporto tra volontà individuale e legge. Certamente in Windscheid il primato 'logico' del diritto cede al primato 'pratico' del fatto, per usare l'espressione di Barcellona; solo con questa precisazione la teoria di Windscheid può essere collocata tra le visioni 'eteronome' del negozio¹⁸. Rimane tuttavia la previsione di un momento di 'controllo' dell'attività privata riservato all'ordinamento generale; e tale momento è inserito in una struttura logica che non sembra contenere in se stessa il criterio formale per l'attribuzione della rilevanza. Apparente naturalità delle leggi dell'economia ed empiria delle leggi della politica vengono così legate in un nesso non facilmente districabile *a priori*.

Autonomia ed eteronomia, fatto e valutazione, si pongono come termini entrambi immanenti alla figura negoziale; né potrebbe essere diversamente, nel momento in cui essa viene trasposta da un'ideologia di tipo giusnaturalistico, che vede nella società civile una rete di libere relazioni individuali, alla funzione reale di regolazione positiva di una società industriale e di un 'modello' storico di sviluppo capitalistico. Il criterio di soluzione del rapporto tra determinazione individuale e vigenza sociale non è peraltro rinvenibile all'interno della struttura categoriale, sulla base dei suoi elementi costitutivi, ma solo all'esterno di essa: la figura negoziale può trascendere quindi la sfera dell'economia di mercato e inserire subito la tematica della regolazione politica. Ed è significativo che il conflitto tra teorie autonome e teorie eteronome, tra funzione del fatto e funzione della valutazione, sia destinato a rappresentare un filo conduttore fondamentale per intendere tutto il dibattito, successivo all'elaborazione pandettistica, sul concetto di negozio giuridico¹⁹.

¹⁸ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, pp. 31 ss. Oltre tutto, andrebbe approfondito il significato della nozione di *causae cognitio* nella prospettiva assunta da B. Windscheid. Già il saggio di A. Passerin D'Entrèves mostra tuttavia come una 'visione eteronoma' del negozio fosse pienamente compatibile con il quadro teorico della pandettistica. V. in questo senso le osservazioni di M. BRUTTI, voce *Mediazione*, cit., p. 33.

¹⁹ Sono le antinomie assunte rispettivamente da A. PASSERIN D'ENTRÈVES e da B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, come chiavi di lettura della 'storia' delle teorie negoziali. Il primo esamina le concettualizzazioni nego-

2.2. L'attenzione per il ruolo svolto dalla cultura nella definizione delle mediazioni normative è di notevole importanza per intendere le ragioni delle forme specifiche che l'organizzazione del diritto privato assume nella società tedesca attraverso l'elaborazione pandettistica e la codificazione del 1896-1900, che sancisce legislativamente per la prima volta la categoria negoziale come figura centrale del sistema del diritto privato. Il grande codice borghese, infatti, il 'codice Napoleone' (1804), non conosce una figura generale analoga al negozio. La figura più generale è rappresentata dal contratto, che vi compare però in posizione non autonoma, ma subordinata alla categoria che ordina l'intero *Code*, cioè la proprietà; analoga sarà poi l'impostazione del Codice civile italiano del 1865²⁰.

Il Codice civile tedesco del 1896 considera il negozio giuridico come forma generale dell'attività giuridica privata, e ridimensiona il contratto

ziali alla luce delle diverse soluzioni date al problema della determinazione della "natura" della norma negoziale, se cioè "l'attributo della giuridicità a essa derivi dalla volontà o dalle volontà che la pongono in essere, o [...] da una norma superiore, estranea alla volontà del soggetto o dei soggetti del negozio" (p. 30). La storia delle teorie del negozio viene così letta come una contesa dialettica intorno a termini incompatibili, tra visione autonoma e visione eteronoma della norma negoziale. Rischia però in tal modo di sfuggire proprio quello che sembra un dato centrale del problema: la compresenza, nello schema formale, di due criteri di valutazione differenti e 'logicamente' incompatibili in ordine a un identico rapporto. Proprio da un rilievo del genere muove invece l'analisi giovanile di B. De Giovanni, che coglie l'antinomia tra fatto e valutazione come dato da risolvere all'interno della logica negoziale. La ricerca di B. De Giovanni si conclude con una critica delle teorie negatrici del negozio giuridico – presenti, come si dirà, all'interno della scienza giuridica ufficiale – proprio alla luce della nozione di autonomia privata come valore, che giustifica funzionalmente la presenza della figura negoziale nell'esperienza giuridica.

²⁰ Le ragioni della posizione strumentale del contratto rispetto alla proprietà nei codici liberali, e poi del processo storico di separazione tra le due categorie, sono discusse nei saggi di A. di Majo e F. Galgano. Come osserva quest'ultimo, la categoria negoziale ha poi svolto una funzione centrale nel processo di autonomizzazione dello schema contrattuale rispetto alla proprietà, fornendo un diverso e autonomo ambito concettuale idoneo a recepire quello schema. D'altra parte, né il sistema teorico e legislativo francese, né quelli di *common law*, conoscono una categoria corrispondente a quella negoziale, almeno nei termini e con le finalità con cui viene assunta in Germania e in Italia. La questione è affrontata da E. Roppo, che coglie proprio nella storia politica ed economica, parallela per tanti aspetti, di Italia e Germania, le ragioni della dislocazione geografica della teoria negoziale, assente invece in paesi caratterizzati dalla permanenza di istituzioni liberaldemocratiche e da una genesi più lineare del capitalismo dall'economia concorrenziale di mercato. Va anche sottolineata, per quanto riguarda il diritto nordamericano, la presenza dominante, per tutto l'arco del secolo scorso, di una teoria "pura" del contratto, che si pone come forma generale dello scambio, con molti punti di contatto con la teoria del negozio giuridico. Cfr. M.J. HORWITZ, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, in *Harvard Law Review*, 1974, pp. 917 ss.; G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.

a specie del genere negoziale. Il BGB contiene quindi, oltre che regole specialmente dedicate al contratto e ai singoli contratti, una serie di norme rivolte in generale alla disciplina del negozio giuridico. Questa impostazione determina evidentemente una molteplicità di qualifiche e di discipline giuridiche: ogni concreto regolamento contrattuale, ad esempio, è disciplinato insieme dalle norme particolari relative a quel tipo di contratto, da quelle più generali sul contratto, e da quelle generalissime sul negozio giuridico²¹.

Già questi primi dati sembrano dimostrare che lo schema negoziale elaborato dai pandettisti non si presta a una lettura che tenda a privilegiare la funzione garantista. È indubbio che una tale funzione sussiste, nel senso che la categoria negoziale, fondandosi sul ruolo determinante della 'volontà' privata, si rapporta a un'organizzazione sociale di tipo privatistico. Si tratta però di un rilievo ancora generico, che può essere approfondito sotto diversi profili.

Viene in primo luogo in questione la specificità storica del garantismo negoziale. Il primo elemento in proposito è qui sottolineato da Galgano: sia l'estrema generalità e astrattezza, sia la fondazione sull'elemento della volontà, consentono alla categoria negoziale di operare il massimo di unificazione e di eguagliamento formale dei soggetti giuridici, dissolvendo la concretezza delle effettive operazioni economiche e dei rapporti sociali sottostanti. Come è stato osservato [cfr. S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 205 ss.], questo processo di oscuramento dei rapporti reali risponde sia, in generale, alla concezione dell'analisi giuridica come scienza neutra e indifferente ai contenuti economici, sociali e politici, sia in particolare all'orientamento delle classi dirigenti della Germania del secondo *Reich*, diretto a ridurre o negare l'ambito della conflittualità sociale.

Si è soliti vedere nella teoria negoziale l'esaltazione del momento individualistico nelle relazioni economiche, e la giustificazione quindi, sul piano ideologico, del non intervento dei pubblici poteri nello svolgimento delle attività giuridiche private. Il profilo garantistico, in quest'ultimo senso, non sembra però quello determinante, almeno nella misura in cui esso venga fatto coincidere con il modello del mercato concorrenziale e dello stato liberista. A questo modello appare anzi più congruo il sistema del *Code civil*, basato sul contratto come 'modo di acquisto della proprietà'. Nella costruzione delle teorie negoziali sembra piuttosto

²¹ Cfr. E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 44. F. Galgano esamina la normativa dedicata dal BGB alla figura negoziale, e indica gli interessi storico-sociali che ne risultano tutelati.

possibile cogliere sia una dimensione storica specifica, legata alla “via giuridica al capitalismo” della società tedesca²², sia però anche la capacità di costruire una forma teorica che si mostrerà adeguata ai caratteri che viene assumendo il processo economico nello sviluppo capitalistico.

Dal primo punto di vista, come osserva Di Majo, lo schema negoziale, rispetto a quello contrattuale, appare in grado di andare oltre la mera mediazione dello scambio di equivalenti tra possessori e merci. Esso è dunque idoneo ad assecondare un processo storico nel quale la scissione tra politica ed economica viene tendenzialmente ricomposta attraverso una riorganizzazione dei rapporti sociali, che assume la forma politica dello stato autoritario. Sembra allora particolarmente interessante l'ipotesi di un nesso stretto tra la forma teorica astratta del negozio giuridico e la recezione dello scambio e dell'intera economia privatistica in strutture statuali autoritarie.

In questa chiave, il processo di astrazione concettuale che culmina nel BGB si mostra denso di contenuti storici. L'oscuramento delle contraddizioni reali mediante la loro assunzione in uno schema generalissimo e neutro si inserisce in quel disegno di riorganizzazione autoritaria delle strutture sociali che è una delle componenti dominanti della cultura tedesca nel periodo del secondo *Reich*²³. Le stesse ragioni oggettive dello scambio vengono dissolte “burocraticamente” – per usare una felice espressione di Gliozzi – in una direzione soggettivistica e insieme autoritaria.

Indubbiamente significativa è allora la riflessione sul ruolo dei giuristi, come ceto di intellettuali che svolge per un intero periodo storico una funzione centrale nell'elaborazione di un quadro complessivo di mediazioni sociali.

Proprio la considerazione del significato di una cultura delle forme giuridiche come scienza dell'astrazione, quale quella fondata storicamente

²² Per usare l'espressione di PUGLIESE, *I pandettisti tra tradizione romanistica e moderno sviluppo del diritto*, cit., p. 64, che sottolinea come l'ispirazione ideologica dei pandettisti non possa essere definita liberale, se non dal punto di vista economico (p. 63). Sembra in effetti che il nucleo centrale di quella ispirazione debba essere rinvenuto nel nesso tra liberismo economico e stato autoritario.

²³ Del resto, l'elaborazione del BGB fu accompagnata da un dibattito anche politico la cui rilettura riporta alla luce la funzione sociale assegnata a determinate scelte sistematiche. Si possono vedere i resoconti dei lavori parlamentari svolti nel febbraio 1896 dal *Plenum des Reichstages*, in sede di approvazione del testo definitivo del BGB, in B. MUGDAN (a cura di), *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für des deutsche Reich*, I, Berlin, 1899, e in particolare l'intervento di uno dei più significativi teorici del negozio, L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäfts, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, pp. 928 ss.

dai pandettisti, dimostra anche l'importanza del secondo dei livelli di analisi della forma negoziale cui si è prima accennato: un livello cioè diretto a un approfondimento del rapporto tra storicità e formalismo del diritto moderno, che sia in grado di cogliere tutto il significato dell'astrazione della società capitalistica, nelle forme di ricomposizione sociale, della 'giuridicità' di tali forme, nella concettualizzazione idonea a rappresentarle.

3. 'Socialità' e 'individualismo' nella revisione della teoria negoziale

Con l'ultima considerazione si introduce un secondo ordine di problemi, relativo al significato del processo di revisione teorica al quale lo schema pandettistico è stato sottoposto nel corso di questo secolo, con particolare riferimento ai risultati raggiunti, dopo la codificazione del 1942, dalla cultura italiana.

3.1. Una delle più consuete chiavi di lettura della 'storia interna' delle teorie negoziali si incentra sul passaggio dalla cosiddetta 'teoria della volontà' alla cosiddetta 'teoria della dichiarazione'²⁴. La concezione tradizionale è cioè rettificata essenzialmente nel senso di affermare, in caso di divergenza, la prevalenza del contenuto oggettivo della dichiarazione rispetto alla volontà del dichiarante. "La volontà cessa di costituire l'elemento prevalente del negozio per raffigurarsi invece come un presupposto[...] che solleva per il legislatore il problema della sua disciplina" (R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Bologna-Roma, 1970, p. 9). Nelle ipotesi, sempre più numerose, in cui l'ordinamento attribuisce prevalenza alla dichiarazione sulla volontà 'effettiva' non devono ravvisarsi deviazioni rispetto alla regola, né è necessario ricercare fittizi 'equivalenti' della volontà mancante o viziata: si tratta invece della composizione di conflitti insorgenti intorno a un autoregolamento di interessi, che l'ordinamento disciplina con criteri suoi propri, riconducibili

²⁴ L'origine della 'teoria della dichiarazione' viene solitamente riferita all'opera di W. RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock, 1874. L'indirizzo, successivamente ripreso da altri autori, si impone però soprattutto a partire dal terzo decennio del Novecento. Per l'esperienza giuridica italiana fondamentale è lo scritto di G. VENEZIAN, *L'errore ostativo*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, pp. 504 ss. Per l'affermarsi di indirizzi funzionalmente analoghi nel diritto di *common law* cfr. GILMORE, *The Death of Contract*, cit., pp. 60 ss.

non a un generico principio volontaristico, ma alla “tutela, sempre più diffusa e penetrante, della buona fede di tutti i soggetti che in qualche modo [in quei conflitti] sono implicati” (SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 11).

Sulla contrapposizione tra ‘volontà’ e ‘dichiarazione’ si innesta poi una concezione diretta ad affermare la natura ‘preceittiva’ del negozio giuridico, per la quale l’elemento caratterizzante la figura è dato dal ‘comando’ che la dichiarazione esprime, e che vincola (di regola) l’autore o gli autori di essa²⁵.

Va fin d’ora osservato che in questo processo di revisione solo in parte si esprime una dimensione qualitativamente nuova del rapporto tra poteri del privato e ordinamento generale. Soprattutto Betti, infatti, come dirò più avanti, sembra attento più al mutamento delle forme di mediazione dei rapporti interprivati, conseguente alla riorganizzazione monopolistica dell’economia, che al fenomeno dell’interventismo e alle funzioni nuove dello stato nella sfera produttiva.

Dal primo punto di vista, tuttavia, l’elaborazione di Betti è particolarmente significativa, in quanto si rivela idonea a concettualizzare i caratteri nuovi di ‘economia di massa’ che viene assumendo la produzione capitalistica, e che si traducono nel fenomeno della oggettivizzazione dello scambio, e, quindi, del contratto. Tale fenomeno è ampiamente riflesso nella codificazione del 1942; Galgano, che analizza nel suo saggio questo aspetto centrale del nostro tema, vede anzi nella mancata accettazione nel Codice del negozio come categoria legislativa proprio lo sbocco naturale dei caratteri nuovi della disciplina contrattuale, imposti dalla riorganizzazione del sistema economico e dalla presenza dominante della grande impresa sul mercato.

Alla soluzione adottata dal Codice civile italiano ha concorso la peculiare vicenda dell’esperienza giuridica nazionale, nella quale sono

²⁵ È questa l’impostazione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, pp. 51 ss., che riprende in modo originale una prospettiva elaborata dalla cultura tedesca degli anni ‘30. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, 1969, pp. 74 ss.), sviluppa l’impostazione di E. Betti, che gli pare ancora non sufficiente a superare integralmente la contrapposizione tra dichiarazione e volontà, e insiste sulla distinzione tra la nozione del negozio come “atto di autoregolamento dei privati interessi”, e il concetto di ‘comando’ o ‘precepto’. Scognamiglio intende cioè puntualizzare, rispetto a E. Betti, il rapporto tra ordinamento generale e autonomia privata, nel senso che il diritto “non conferisce ai privati alcun potere nuovo, ma solo riconosce a essi quella attitudine a regolare i propri rapporti che loro già compete alla stregua della coscienza sociale”. Recensendo R. Scognamiglio nella *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 489, F. CARRESTI osserva peraltro che la differenza tra le due impostazioni è tanto sottile da essere quasi impercettibile.

confluiti i risultati di due culture giuridiche, quella tedesca e quella francese, differentemente orientate. Il Codice civile del 1865 seguiva fedelmente il sistema del *Code civil*, e per quasi tutto l'arco dell'Ottocento il modello culturale fu rappresentato dai commentatori francesi di quel codice²⁶. A partire dalla fine dell'Ottocento, però, al sistema codicistico venne gradualmente a sovrapporsi la teorizzazione pandettistica del negozio giuridico²⁷, recepita a opera di alcuni dei più significativi esponenti della cultura giuridica, che la rielaborarono e la diffusero ampiamente nella scienza e nella prassi giudiziaria (v. soprattutto Scialoja e Fadda).

Tuttavia il Codice del 1942 non ha recepito il negozio come categoria normativa e ha conservato al contratto – rivedendone peraltro profondamente la disciplina – il ruolo di figura ordinante e generale degli atti giuridici privati. Al tempo stesso, però, ha disposto (art. 1324) che le norme sul contratto si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. È proprio da questa norma (e dalla applicazione 'per analogia' della normativa sui contratti anche ad altri 'negozi giuridici', come il testamento e gli atti tra vivi non aventi contenuto patrimoniale: cfr. V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 462 ss. e criticamente F. CARRESI, recensione a Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952) che una larga parte della dottrina ha desunto la fondazione legislativa di un concetto unitario di negozio giuridico, in base al presupposto che "solo nel concetto di negozio [è possibile] ravvisare il criterio di applicabilità delle norme a esso relative" (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, 1969, p. 75).

A prescindere dalla questione del fondamento legislativo di tali impostazioni, è un dato di fatto che la cultura giuridica italiana degli anni immediatamente successivi alla codificazione si è per lo più "ribellata"²⁸ (per usare le parole di Galgano) alla scelta del codificatore, sia riproponendo, nelle trattazioni istituzionali (v. *supra*, n. 13), la sistematica giusprivatistica basata sul negozio come figura generale (mentre il contratto viene

²⁶ Cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, pp. 93 ss.

²⁷ Cfr. R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, pp. 180 ss.; ID., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 904 ss.; PUGLIESE, *I pandettisti tra tradizione romanistica e moderno sviluppo del diritto*, cit., pp. 70 ss.; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 225 ss.

²⁸ Come si dirà più avanti, emergono peraltro posizioni differenti; v. soprattutto P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, pp. 181 ss., per una articolata analisi delle ragioni che impongono la revisione della teoria unitaria del negozio.

fatto rientrare nella 'parte speciale'), sia attraverso una serie di trattazioni teoriche generali, aperte dalla classica opera di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950 (ma la prima edizione è del 1943), che riaffermano decisamente il carattere fondamentale del negozio giuridico come categoria concettualmente e praticamente ordinativa del sistema del diritto privato.

Larga parte della dottrina ha ritenuto dunque che la categoria negoziale sia stata recepita nel Codice del 1942 nella sostanza, se non nella forma [cfr. A. DI MAJO, *Proposte per un avvio di discorso teorico sull'uso alternativo del diritto privato*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, Bari, 1973, p. 211]; un orientamento analogo è sostenuto particolarmente, tra i contributi raccolti in questo libro, da Di Majo e Natoli. Un esame approfondito della questione richiederebbe una valutazione d'insieme del significato della codificazione del 1942. È a lungo prevalsa la convinzione, nella cultura giuridica, del carattere essenzialmente tecnico di quella codificazione, soprattutto perché i "giuristi" riuscirono per lo più a contenere le "contaminazioni politiche". Alle commissioni chiamate, nell'Italia liberata, a 'defascistizzare' i codici, "sembrò del resto sufficiente far cadere le incrostazioni verbali" rappresentate dalle parole 'corporativo' e 'fascista' inserite in alcune norme²⁹. Proprio sulla base dell'estrema semplicità di questa operazione di 'ripulitura' è stato di recente ribadito che, nonostante le affermazioni verbali che accompagnarono la 'codificazione mussoliniana', l'ideologia fascista non ha inciso in maniera determinante sulla costruzione normativa (cfr. E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, pp. 50 ss. Nello stesso senso, in questo volume, il giudizio di Natoli). Se è certo difficile ritenere che l'ordinamento giuridico-economico del fascismo ponesse in discussione la struttura capitalistica dei rapporti economico-sociali, rischia però di essere eccessivamente riduttiva la riconduzione dell'impostazione corporativa del codificatore del 1942 solo ad affermazioni verbali ideologiche e mistificanti. Non ci si può cioè limitare a rilevare l'abbondante contenuto mistificatorio delle affermazioni del legislatore, che pretendeva di aver sostituito, anche nella disciplina del contratto, con "i principi della disciplina e della solidarietà corporativa [...] i superati principi dell'economia liberale", propri del Codice del 1865³⁰. Se l'ordinamento corporativo, anche attraverso le

²⁹ Le pagine che RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., pp. 65 ss. dedica a "origini, motivi e vicende del Codice civile italiano del 1942" contengono una proposta di rilettura di quel codice, condotta lungo la prospettiva del rapporto tra ideologia fascista e disciplina legislativa.

³⁰ Il passo è tratto dalla Relazione ministeriale al Codice civile del ministro guardasigilli

sue ambiguità, rappresentava il tentativo concreto di dare una risposta effettiva ai nuovi caratteri del processo produttivo e all'esigenza di creare un rapporto diverso, rispetto a quello liberale, tra masse e istituzioni³¹, il vero filtro attraverso il quale verificare il nesso di continuità-rottura tra il Codice del 1942 e la tradizione giuridica liberale non è tanto nel carattere specificamente 'fascista' di alcune norme, quanto nel tipo di relazione tra stato ed economia che in esso complessivamente si esprime. Assumono allora rilievo, più che le norme nelle quali si fa riferimento ai "principi della solidarietà corporativa" (che peraltro esprimono indubbiamente una visione non più rigidamente liberistica o volontaristica dei rapporti giuridici), quelle, ad esempio, sull'inserzione automatica di clausole anche in sostituzione delle difformi pattuizioni dei contraenti (art. 1339) o sulle condizioni generali di contratto predisposte da una delle parti (art. 1341). Da queste e da altre disposizioni del Codice del 1942 emerge una visione dell'autonomia privata non agevolmente riconducibile ai principi tradizionali del diritto liberale, pure riaffermati dal Codice, quali la definizione del contratto come accordo (art. 1321), o l'indicazione dell'accordo tra i requisiti richiesti a pena di nullità (artt. 1325, n. 1 e 1418) (così P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*², Napoli, 1975, p. 74).

Il problema storico diviene allora quello di individuare fino a che punto il Codice si limiti a recepire elementi generalmente comuni al fenomeno dell'interventismo statale nell'economia, e fino a che punto si tratti invece di elementi specifici di un'ipotesi di ricomposizione autoritaria della società e delle istituzioni³².

3.2. Non sembra d'altra parte che la scelta sistematica del codificatore debba essere interpretata come conseguenza di una "crisi" della categoria negoziale nella cultura giuridica di quegli anni, soprattutto se si considera che la nuova fase di elaborazione, alla quale si è ora fatto riferimento, non riproduce le impostazioni precedenti, tutte legate alla trattazione ispirata alla pandettistica di Scialoja (1893), ma propone ipotesi ricostruttive nuove, attente non solo ai risultati della riforma del Codice, ma anche ai nuovi

D. Grandi.

³¹ Centrale è, dunque, il significato del rapporto tra politica economica e politica istituzionale del fascismo.

³² Un problema cioè analogo a quello discusso, con riferimento alla politica economica del fascismo, da S.J. WOOLF, *È esistito un sistema economico fascista?*, in *Quaderni dell'Istituto romano per la storia d'Italia dal fascismo alla Resistenza*, II, 1971, pp. 182 ss.

problemi che le trasformazioni del processo economico pongono alle concezioni tradizionali. Va poi detto che ancora oggi permane una 'forte' presenza delle teorie negoziali negli studi privatistici. Tale presenza si esprime in primo luogo nei testi istituzionali e nella ripresa di trattazioni generali sulla figura negoziale che si è avuta agli inizi degli anni '70³³. Essa è però rinvenibile anche nel legame culturale che unisce le indagini sul contratto – fiorite, con notevoli risultati, nel corso degli anni '60³⁴ – e le monografie sul negozio giuridico soprattutto di Betti e Scognamiglio: legame certamente più stretto che non, ad esempio, con l'opera di Gorla sul contratto (1955), che si era esplicitamente proposta l'abbandono della metodologia dommatico-concettualistica a favore della ricerca storico-comparativa.

Alla tenace persistenza della concettualizzazione in termini di negozio nella cultura giuridica italiana, anche dopo la diversa scelta del codificatore, si potrebbe negare valore solo addebitando ai giuristi italiani il rifiuto più o meno consapevole dei nuovi caratteri dello sviluppo produttivo e delle corrispondenti innovazioni legislative. Vi fu in effetti anche un atteggiamento di questo tipo: la *Teoria generale* di Stolfi (1a ed. 1947) è tutta costruita intorno al recupero della fondazione della categoria sul dogma della volontà, anche in esplicita polemica con alcune scelte del codificatore, legando significativamente nello stesso obiettivo critico l'ideologia fascista e l'interventismo statale. Ma dalle opere più destinate a pesare sulla cultura giuridica, come la *Teoria generale* di Betti (1a ed. 1943) e il *Contributo* di Scognamiglio (1a ed. 1950), emerge la consapevolezza di aderire in maniera nuova a un processo di trasformazione che nel Codice del 1942 aveva trovato un momento alto di espressione. Soprattutto è significativo che il dibattito continui a svolgersi in termini di teoria negoziale³⁵: la categoria, ridefinita come "atto di autoregolamentazione di

³³ Cfr. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972; e la recensione ai tre di A. DI MAJO, in *Democrazia e diritto*, 1973. Questa recensione ha avuto un seguito con un intervento di C. Varrone e la replica di A. di Majo: vedili *ivi*, 1973, pp. 151 ss.

³⁴ Con le note monografie di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

³⁵ Tanto più se si considera che nella fase preparatoria del Codice non erano mancate voci importanti che dalla crisi del 'dogma' della volontà ritenevano "gravemente compromesso [...] lo stesso concetto di negozio giuridico" (S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, pp. 234 ss.).

privati interessi”, si mostra idonea a ricomprendere i nuovi dati legislativi, salvaguardando i fondamentali tratti dello schema classico, e soprattutto la centralità del potere del soggetto privato di modificare la propria posizione giuridica.

Proprio quest’ultimo rilievo porta a soffermarsi sull’insistenza con la quale sia Betti sia Scognamiglio affermano il carattere di ‘fatto sociale’ e non psicologico, dell’autonomia privata. Si tratta in effetti di una ‘socialità’ ancora interna a una logica strutturalmente privatistica dello sviluppo economico. Per Betti, la visione ‘sociale’ del negozio giuridico, lungi dall’esprimere un’istanza realmente socializzante, si limita alla considerazione dell’autonomia privata come fenomeno sociale che precede ed è presupposto dalla regolazione: l’ordinamento giuridico “riconosce e sanziona un’autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti tra loro”, tanto che forme di autonomia privata sono praticate “anche da tribù selvagge presso le quali non vi è traccia di uno stato” (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, pp. 47 e 39). L’autonomia privata si configura così come substrato naturale, genericamente e astoricamente preesistente all’ordinamento giuridico. Al tempo stesso, però, non manca in Betti il rilievo che almeno un presupposto storico-sociale specifico è indispensabile perché la dinamica della circolazione dei beni sia “opera dell’autonomia privata”, e cioè che sussista “un ordinamento incardinato sulla proprietà individuale dei singoli consociati” (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 44).

È significativo che, pur muovendo da un’impostazione culturale non omogenea a quella di Betti, anche per Scognamiglio la socialità della nozione di autonomia privata si ponga come dato essenzialmente metodologico, attinente a una concettualizzazione che intenda “considerare dapprima il substrato di fatto delle statuizioni normative”, e non certo come istanza che possa in qualche modo incrinare il presupposto della “ragione fondamentale che i singoli sono da ritenersi competenti, meglio di ogni altro, a disporre dei propri interessi” (SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 24 ss.).

In definitiva, la ‘socialità’ delle teorie precettive del negozio giuridico si ferma al requisito, necessario per il riconoscimento e la tutela da parte dell’ordinamento giuridico, della rispondenza dell’atto di autonomia alla sua ‘funzione economico-sociale’, intesa come oggettiva aderenza alle regole di funzionamento del sistema. Restano così esclusi dalla tutela non gli atti che potremmo definire ‘antisociali’ alla luce degli artt. 41 e 42 della Costituzione, ma quelli dovuto “al mero arbitrio, al capriccio individuale, al

motivo transeunte” (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 52).

La critica della “concezione individualistica” dei pandettisti, considerata il frutto di reminescenze giusnaturalistiche e di una mentalità “astratta e antistorica” (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 54), si stempera così in un’alternativa esteriormente solidaristica, ma in realtà tutta interna a una concezione privatistica dell’ordinamento sociale: nell’alternativa, cioè, tra “chi ritiene che uno dei beni supremi della vita sociale sia costituito dalla sicurezza degli affidamenti creati con le dichiarazioni scambiate fra consociati”, e chi “sacrifica alla ‘volontà’ individuale l’esigenza della sua riconoscibilità nel mondo sociale” (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 56, n. 21). Il superamento della visione liberistica e la stessa accentuazione della presenza statuale – espressa nel carattere esclusivo della competenza legislativa in ordine alla determinazione degli effetti giuridici (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 82) – non introducono una reale soluzione di continuità nella trama privatistica dell’organizzazione giuridica della società: l’ordinamento giuridico si limita a “qualificare” il “fatto” negoziale, non interviene con determinazioni sue proprie, rispondenti a una logica diversa rispetto a quella privatistica.

La stessa analisi di Scognamiglio, pur molto più attenta negli sviluppi più recenti agli aspetti qualitativamente nuovi della regolazione “dirigistica” dell’autonomia privata, è sostanzialmente diretta a ricondurre tale regolazione – insieme ai principi costituzionali in materia di rapporti economici – al “riconoscimento da parte del diritto della libertà negoziale”, come “attribuzione alle sue esplicazioni di una rilevanza in tutto e per tutto conforme alla natura e alle esigenze del fenomeno reale” (SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 27). È infatti “la stessa idea di libertà o autonomia [che] evoca come un correlato indispensabile quella dei limiti, entro cui soltanto può esplicarsi e dunque valere come tale” (SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 28). Alla stessa guisa dei tradizionali ‘limiti legali’ statuiti dal diritto liberale dei contratti³⁶, anche le norme in materia di obbligo a contrarre o di inserzione automatica di clausole o di regolazione del rapporto di lavoro subordinato “si possono tutte agevolmente coordinare, e anzi a ben vedere lo presuppongono, con il riconoscimento correttamente inteso dell’autonomia contrattuale”

³⁶ Alla figura del ‘limite’ fa ricorso SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², cit., pp. 153 ss., per spiegare il rapporto tra disciplina legale e atto di autonomia. R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 906 ss., discute il concetto di ‘limite dell’autonomia privata’, ponendo in rilievo la diversità strutturale e funzionale delle situazioni che vengono a esso ricondotte.

(SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 31).

3.3. È solo a partire dagli studi dedicati al contratto nella seconda metà degli anni '60 (v. *supra*, n. 34) che la dottrina civilistica affronta il tema dell'autonomia privata da un'angolazione nuova, diretta a cercare più i punti di frattura che quelli di continuità rispetto alla tradizionale impostazione privatistica.

Le basi storico-politiche di queste nuove impostazioni devono evidentemente collegarsi ai processi di trasformazione in atto nella società italiana, e in particolare ai tentativi programmatori del centro-sinistra, ai quali si accompagna, nella dottrina civilistica, il recupero dei principi costituzionali e della loro originale impostazione dei rapporti tra iniziativa economica e interessi sociali³⁷.

Tuttavia, come ho già accennato, la teorizzazione negoziale di Betti e Scognamiglio continua a svolgere un'influenza culturale notevole, anche in relazione agli elementi innovatori da essa introdotti: la posizione in termini parzialmente diversi rispetto alla tradizione, anche se non coincidenti nei due autori, del rapporto tra ordinamento generale e autonomia privata, e l'attenzione data, sia pure nei limiti ora ricordati, al profilo del controllo funzionale dell'atto.

Si può esaminare uno degli studi più significativi di quel periodo, *Le fonti di integrazione del contratto* di S. Rodotà (Milano, 1969). L'esplicita critica della nozione di negozio giuridico vi assume un'importanza centrale, a partire dall'impostazione metodologica, che prende le mosse non dal riesame delle costruzioni concettuali in materia di autonomia privata, ma dalle forme legislative e concrete nelle quali si strutturano praticamente i regolamenti di interessi tra privati (p. III). La conseguente analisi della disciplina del contratto porta a concludere, in primo luogo, che il regolamento contrattuale non è opera esclusivamente dell'attività privata, perché sulla sua determinazione incidono anche "fonti" diverse: la legge e il giudice; in secondo luogo, che in questo concorso di fonti diverse non si esprime un momento 'eccezionale' rispetto alla 'ordinaria' logica negoziale, ma il concreto ed effettivo modo di essere dei rapporti giuridici in una fase determinata dello sviluppo storico.

Nel quadro di un disegno unitario di politica del diritto³⁸, la ricerca

³⁷ Cfr. le indicazioni generali in questo senso di NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., e RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. Sul significato e le modalità di quel recupero v. qualche osservazione nella prossima nota.

³⁸ In esso un ruolo centrale è assegnato al potere del giudice, che opera mediante

di Rodotà contiene insieme elementi di continuità e di rottura rispetto alle concettualizzazioni precedenti. Il più significativo tra gli elementi di novità è costituito dalla considerazione che le fonti di integrazione del regolamento contrattuale (norme di legge e decisioni giudiziarie) esprimono una logica e interessi diversi, e spesso antagonisti, rispetto a quelli privatistici. Il rapporto tra autonomia privata e interventi esterni non può allora risolversi considerando i secondi come 'limiti' naturalisticamente coesenziali alla nozione stessa di autonomia privata, perché in essi si traduce un nuovo modo di essere del rapporto tra posizione del privato e interessi generali, che – secondo del resto l'indicazione che proviene dalla disciplina costituzionale dei rapporti economici – è visto come rapporto tendenzialmente conflittuale.

Un primo elemento di continuità tra la posizione di Rodotà e le teorizzazioni precettive del negozio giuridico può essere invece rinvenuto nel ruolo peculiare che l'autonomia privata conserva nella dinamica

tecniche di integrazione e di controllo del contratto basate sulle clausole generali previste dall'ordinamento. Il raccordo tra autonomia privata e indirizzi generali e la tutela del 'contraente debole' vengono in larga misura affidati alle valutazioni e alle decisioni discrezionali del giudice, fondate su norme come quelle contenute negli artt. 1343, 1366, 1374, 1375, cod. civ. Questa linea si fonda su un'ipotesi complessiva che presuppone uno sviluppo tendenzialmente non contraddittorio della società e delle istituzioni, del quale è chiamato a farsi carico un ceto professionale, quello dei giuristi, sostanzialmente omogeneo al suo interno e con le esigenze di trasformazione. In effetti, negli anni '60 è questa la prospettiva del centro-sinistra, ed è questo l'orientamento che sembra affermarsi con il cosiddetto disgelo costituzionale della magistratura. Le ragioni per cui questa ipotesi non riesce a trovare uno sbocco effettivamente incisivo possono ravvisarsi nella crisi dei suoi presupposti: da un lato, le difficoltà del centro-sinistra a sviluppare una prospettiva riformista fondata su una trasformazione non conflittuale delle strutture sociali; dall'altro, la crisi dell'ideologia e della professionalità tradizionali dei giuristi si manifesta in maniera contraddittoria, e il processo di ricomposizione del ceto si presenta lungo e non privo di forti momenti di lacerazione. Le prospettive giuridico-istituzionali di controllo sociale delle attività economiche private non possono quindi non assumere una veste molto più articolata e attenta al carattere contraddittorio del processo sociale. Diverse sono le riletture dell'autonomia privata proposte, alla fine degli anni '60, da BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., e da P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, pp. 529-553. Il primo sottolinea la critica dell'eguaglianza formale dei soggetti dell'autonomia privata, e propone un'analisi differenziata in relazione alle diverse posizioni di classe, e conseguentemente specifiche forme di tutela dei soggetti deboli, in base al principio di eguaglianza sostanziale posto dall'art. 3, 2° comma, della Costituzione. P. Rescigno si sofferma soprattutto sul significato dell'autonomia dei privati' in una visione pluralistica dell'organizzazione sociale, particolarmente attenta al valore del recupero del potere di autoregolamento da parte di gruppi e formazioni sociali. Cfr. ora i contributi di P. Barcellona e P. Rescigno raccolti in questo volume.

giuridica. La “fonte privata [...] rimane, per così dire, il motore del contratto, nel senso che o impedisce una valida conclusione del contratto [...] o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico”; inoltre, “tale fonte limita la possibilità delle altre [legge e giudice] di partecipare alla costruzione del contratto” (RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 87). La contrapposizione tra fatto e valutazione, tra contenuto del negozio (di competenza del privato) e suoi effetti (di competenza del legislatore), secondo la formula di Betti (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 82), viene dunque superata, in un duplice senso. Da un lato, l’attività dei privati non riguarda solo il contenuto, lasciando alla legge la determinazione degli effetti dell’atto, perché “determina essa stessa la natura e la portata degli interessi in questione, precisando anche l’ambito entro il quale può manifestarsi l’operatività delle altre fonti”. Dall’altro lato, la fonte legale (come quella giudiziale), “contribuendo alla costruzione del regolamento, al di là del generale fenomeno della qualificazione [...] partecipa anch’essa alla concreta determinazione del definitivo assetto” degli interessi in questione (RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89).

L’antinomia tra fatto e valutazione viene così ricondotta alla sua relatività storica di espressione di un determinato livello di sviluppo e di organizzazione dei rapporti sociali. Al tempo stesso, tuttavia, la ricostruzione dell’attività privata come ‘fonte’ qualitativamente non dissimile da quelle legali o giudiziali si colloca nel solco concettuale segnato dalle teorie precettiste del negozio giuridico: ed è questo il secondo elemento di continuità tra la posizione di Betti e quella di Rodotà.

Mi sembra di poter dire che le conclusioni di quest’ultimo non pongono in discussione il ‘concetto’ di negozio giuridico, ma piuttosto una sua versione ipostatizzata e astorica. Proprio in quanto la volontà dei privati non viene ridotta al ruolo di mera ‘fattispecie degli effetti’, rimane confermato il nodo centrale della tematica negoziale: che, cioè “l’ordinamento riconosce, nel raffigurarsi la nozione di negozio, l’atto di autonomia privata nella sua essenza reale” (SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², cit., p. 147). La revisione ‘oggettivistica’ delle teorie negoziali si mostra insomma capace di tener ferma la concezione soggettivo-privatistica dello schema negoziale, pur escludendo le debolezze sistematiche insite nell’idea di ‘volontà’. In questo senso, una delle conclusioni del saggio di B. De Giovanni (*Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958) possono essere, mi sembra, confermate: il superamento del concettualismo non può porre in discussione il carattere decisivo che il potere del ‘privato’ conserva in

un'organizzazione giuridica fondata sulla proprietà privata dei mezzi di produzione; anche se, naturalmente, resta aperto il problema delle forme di mediazione nelle quali tale potere si esprime, e dei suoi rapporti con altre 'fonti' (private, collettive e pubbliche) e con gli altri 'poteri' che in esse si esprimono.

4. 'Critica' e 'crisi' nel negozio giuridico. 'Le aree nuove di negoziabilità'

Nella prospettiva assunta da questa ricerca non è possibile trascurare il rilievo che le prime critiche alla figura negoziale sono pressoché coeve all'elaborazione pandettistica della categoria. Esse sono formulate dapprima come critiche del concetto, poi come critiche della soluzione legislativa adottata dal BGB³⁹. Queste posizioni convergono nel sottolineare il carattere di generalità-genericità della figura: il concetto pandettistico, attraverso una unificazione puramente formale, nasconde in luogo di chiarire l'infinita varietà delle situazioni concrete e delle corrispondenti questioni giuridiche. È in discussione, quindi, l'idoneità concettuale e la funzione pratica di uno schema così generale, rispetto alla complessità ed eterogeneità dei rapporti che vi vengono ricondotti⁴⁰.

4.1. La riflessione critica sul negozio giuridico assume però uno spessore diverso quando giunge a coinvolgere le modificazioni strutturali delle forme giuridiche, e, soprattutto, quando coglie, al di sotto di esse, i mutamenti che investono la morfologia del processo produttivo. Più che in termini di 'critica', il problema è posto allora, per usare un'espressione ormai ricorrente nella cultura giuridica, in termini di 'crisi' dello schema classico⁴¹, e assume il suo significato più profondo quando è collocato in una prospettiva generale, che coinvolge la 'crisi' di alcuni postulati

³⁹ Cfr. in particolare E. VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen, 1936.

⁴⁰ Cfr., nella dottrina italiana, la citata recensione a R. Scognamiglio di CARRESI; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., pp. 206 ss. Sul processo di "disintegrazione dottrinale" della teoria "classica" del contratto nel diritto nordamericano v. GILMORE, *The Death of Contract*, cit., pp. 60 ss.

⁴¹ Alla "crisi del contratto" conseguente alla "diversità del ruolo" che esso assume nella società contemporanea è dedicato il saggio di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 381 ss. Sulla 'crisi' del negozio giuridico v. in particolare N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 15 ss.

del diritto moderno, a partire dall'eguaglianza formale e dal rapporto privilegiato tra il 'soggetto di diritto' nel senso classico e l'ordinamento. La presenza di fonti esterne del regolamento contrattuale che esprimono una logica e interessi tendenzialmente antagonisti, e comunque diversi, rispetto a quelli dell'autonomia privata; la tutela preferenziale del potere imprenditoriale nel quadro della disciplina dei contratti (su questo tema v. qui il contributo di Mazzoni); l'introduzione di forme istituzionali di mediazione dei rapporti sociali diverse da quelle contrattuali: sono tutti dati giuridici positivi, collegati alla trasformazione delle condizioni di funzionamento del mercato, che pongono in termini nuovi il problema dell'idoneità dello schema negoziale a rappresentare ancora "una forma visibile del movimento del capitale" (Schiavone), e quindi fanno assumere al discorso sulla 'crisi' del negozio (e in generale del diritto privato formale ed eguale) una dimensione teorica di grande rilievo.

Si è già sottolineato come il processo di trasformazione delle strutture e delle funzioni dello stato nelle società di capitalismo monopolistico comporti un effetto sulle categorie tradizionali del diritto moderno che è insieme di 'stravolgimento' e di 'conferma': le categorie vengono stravolte dal carattere sempre meno formale e astratto della mediazione giuridica; ma anche, in certa misura, in relazione alla permanenza del dominio della merce come fondamento dei rapporti sociali. Questo processo contraddittorio sembra investire tutte le categorie del diritto privato: dalla proprietà privata, nella quale l'innesto della 'funzione sociale' si trova a coesistere con il carattere esclusivistico e individualistico del diritto soggettivo⁴², alla responsabilità civile, stretta tra il ruolo di strumento di ripartizione dei costi sociali che si tende ad assegnarle e il termine di riferimento del valore di scambio ai fini della determinazione del danno (v. in proposito il contributo di Ruffolo); dalla soggettività giuridica alle forme (contratto e negozio) nelle quali si svolge l'autonomia privata.

In questo quadro, la tematica negoziale presenta aspetti complessi e anch'essi contraddittori, che spiegano le ragioni dell'estrema prudenza, da parte degli autori dei contributi raccolti in questo volume, nel sancire la 'morte' del negozio giuridico. Da più parti è del resto sottolineato che non di questo si tratta, ma di valutare se il negozio sia una categoria conoscitiva e operativa ancora adeguata. La ricerca non si propone di liquidare un prodotto mistificante della cultura giuridica borghese. Oltre tutto, un discorso del genere non potrebbe non coinvolgere nella stessa

⁴² Cfr., oltre ai noti scritti di S. Pugliatti e S. Rodotà, A. Ross, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pp. 157 ss.

riprovazione tutto il diritto moderno: “certamente finché la nuova società resterà strutturata da elementi della vecchia società [...] anche le semplici prescrizioni tecniche e razionali assumeranno la forma di una potenza alienata dall’uomo e a lui sovrastante” (E.B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, Milano, 1964, p. 178). Come lo stesso Pašukanis, che scriveva queste pagine negli anni '20, doveva tragicamente apprendere, la costruzione della nuova società richiede mediazioni molto più complesse e formali di quanto si potesse ritenere nell’Unione sovietica degli anni '20, e riempie un’intera epoca storica nella quale la struttura dei rapporti sociali si esprime in forme astratte, ‘giuridiche’, e quindi formalmente equalizzanti e sostanzialmente diseguali⁴³; anche se proprio nel mutamento della qualità della mediazione giuridica e della sua stessa astrazione risiede il nodo centrale della problematica giuridica della transizione⁴⁴.

Il negozio è assunto dunque come categoria della quale deve essere discussa la ‘scientificità’, e quindi la capacità di unificare i dati reali, se non di conservare il ruolo – che storicamente ha svolto – di criterio ordinante del diritto ‘privato’, anche oltre una funzione meramente descrittiva di alcuni aspetti della fenomenologia giuridica⁴⁵.

Da un lato, sia che si fondi sulla nozione di volontà che su quella di autoregolamento di interessi, il negozio giuridico nel suo schema classico appare inidoneo a concettualizzare un diritto privato ormai non più riducibile alle categorie dell’atto isolato e del soggetto di diritto formalmente parificato. Se gli interessi giuridicamente rilevanti non sono più riconducibili a un punto di riferimento categoriale unitario⁴⁶, lo schema negoziale assume una funzione fuorviante e di mascheramento della realtà, e può conservare comunque solo uno spazio residuale rispetto alla tradizione.

⁴³ È questo il filo conduttore della riflessione di Umberto Cerroni sul pensiero giuridico sovietico (v. sopra, nota 3).

⁴⁴ V. le pagine finali di B. DE GIOVANNI, *Marx e lo Stato*, in *Democrazia e diritto*, 1973, vol. XIII, n. 3, pp. 81 ss.

⁴⁵ Una funzione cioè di “grammatica elementare del diritto”, per usare le parole di F. Galgano; anche se una distinzione tra funzioni ‘descrittiva’, ‘conoscitiva’ e ‘operativa’ delle categorie giuridiche non sembra possibile se non all’interno di una considerazione complessiva del problema della ‘scientificità’ di quelle categorie, e in genere della riflessione sociale borghese.

⁴⁶ Una indicazione metodologica nel senso della disaggregazione della normativa sui contratti, per operare invece con una pluralità di modelli o di punti di riferimento, è in P. BARCELLONA, D. HART, U. MÜCKENBERGER, *L’educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973, pp. 186 sgg.; e v. le conclusioni dei saggi di A. di Majo e F. Galgano.

D'altra parte, è proprio la valenza contraddittoria del processo di trasformazione della mediazione giuridica che impedisce di chiudere la ricerca con formule definitive. Due sono i dati che, sotto questo aspetto, presentano forse il maggiore interesse.

4.2. In primo luogo, va sottolineato come proprio nei filoni della cultura borghese di questo secolo, che con maggiore lucidità e più alti risultati si propongono una revisione del sistema teorico del diritto rispetto all'elaborazione ottocentesca, il concetto di negozio conservi una funzione centrale. Il riferimento è ai risultati più notevoli, da un lato, del normativismo, dall'altro, del realismo giuridico. Pur così differentemente impostate, infatti, sia l'elaborazione di Kelsen sia quella, per esempio, di un Ross convergono nell'accettare la figura negoziale, pur negando valore scientifico al concetto classico di diritto soggettivo, che rappresenta l'altro elemento fondamentale del sistema teorico del diritto privato moderno⁴⁷.

Sia la teorizzazione di Kelsen sia quella di Ross sembrano infatti confermare la maggiore capacità unificante e orientatrice dei rapporti privati – proprio per il suo livello elevato di astrazione – della categoria negoziale in un sistema di capitalismo avanzato, rispetto alla stessa categoria contrattuale. Lo schema negoziale sembra cioè idoneo ad assorbire – sia pure in maniera contraddittoria – la crisi dei due fondamenti del diritto moderno (eguaglianza formale e separazione tra pubblico e privato) causata dalla presenza dominante nel mercato del capitale monopolistico nelle forme della grande impresa, e dal ruolo diretto dello stato nel processo produttivo.

La revisione dello schema pandettistico porta dunque a una categorizzazione ancora in termini di negozio, che si propone di rappresentare la nuova dimensione del rapporto tra soggetto e ordinamento: il negozio appare allora non una categoria che non ha ancora 'incontrato' lo stato, ma una categoria che, dall'incontro con lo stato, trae l'esigenza di un ulteriore processo di formalizzazione e di astrazione.

⁴⁷ Ross critica ogni concezione sostanzialistica del diritto soggettivo, e afferma che la "teoria del negozio come dichiarazione di volontà è fondata su una concezione puramente metafisica della volontà come potere magicamente creativo". Tuttavia non solo non rinuncia alla figura negoziale, ma la definisce come "una dichiarazione che, di regola, salvo l'esistenza di particolari cause di invalidità, produce effetti giuridici autonomi, cioè gli effetti giuridici che il soggetto desidera produrre. Questi effetti sono determinati, per quanto possibile, secondo il contenuto concreto della dichiarazione": e quindi in termini in definitiva molto vicini a quelli tradizionali, e comunque tali da garantire la sopravvivenza della categoria con un ruolo centrale nella teoria del diritto (Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 205 ss.).

È evidente la contraddittorietà tra la costruzione di una categoria estremamente generale e i caratteri sempre maggiori di specificità che assume la regolazione giuridica. Si tratta però, in ipotesi, dell'espressione formale di una contraddizione reale, tra socializzazione delle forze produttive e appropriazione privata dei mezzi di produzione, tra le istanze, di varia origine, di diritto diseguale e di normazione d'intervento, e le esigenze di garanzia della certezza del diritto, e soprattutto dei diritti privati a contenuto economico, in un quadro caratterizzato dalla sempre maggiore centralizzazione del processo di produzione del plusvalore.

La categoria contrattuale presenta indubbiamente, rispetto a quella negoziale, una maggiore capacità rappresentativa sia delle reali operazioni economiche dei privati, sia anche dei dati positivi che pongono in modo nuovo il rapporto tra libertà economiche e intervento dello stato [così RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., pp. 208 ss.]. Come osserva però Galgano, la funzione unificante del contratto si presta a molti tra i rilievi svolti in relazione al negozio giuridico. Rescigno sottolinea inoltre come la centralità assegnata al contratto, o l'insistenza sul momento del rapporto rispetto all'atto che lo pone (cfr. la prospettiva di P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*², Milano, 1975, pp. 267 ss.), rischino di ricondurre una serie di relazioni sociali nell'ambito "angusto" dello scambio. All'interno dei rapporti produttivi dati è probabilmente possibile una 'razionalizzazione' dello schema contrattuale come forma dello scambio, che gli assegni la funzione di 'metodo oggettivo', sulla base del calcolo economico per la ripartizione del rischio e della responsabilità e in genere per la distribuzione ottimale delle risorse produttive⁴⁸. Quando però sia in questione la riorganizzazione complessiva dei rapporti sociali una prospettiva interna allo schema contrattuale si rivela insoddisfacente. Si vedano in proposito le osservazioni di Galgano e Mazzoni sulla tematica della contrattazione di massa: un'effettiva tutela del 'contraente debole' appare possibile, non mediante l'istituzionalizzazione di 'classi di diritto diseguale' all'interno dei singoli rapporti di scambio, ma regolando autoritativamente il potere di fatto della grande impresa, che è la 'fonte' reale della serie di atti isolati alla quale la prospettiva esclusivamente contrattualistica finisce per ricondurre il fenomeno.

⁴⁸ In questa prospettiva, secondo A. di Majo, si pone oggi il momento di riunificazione della figura contrattuale. La tendenza che individua in ogni istituto negoziale la 'forma' di operazioni economiche la cui sistemazione giuridica deve avvenire sulla base di un'analisi costi-benefici è particolarmente viva nell'esperienza giuridica nordamericana, in particolare negli scritti di G. Calabresi e R.A. Posner.

4.3. Con queste considerazioni, si introduce il secondo dei temi di riflessioni cui ho prima accennato, relativo alla connessione, spesso sottolineata nei contributi qui raccolti, tra 'crisi' del negozio giuridico ed emersione di forme nuove di 'negozialità'.

Come osserva Di Majo, alla base di questo fenomeno è proprio la crisi del rapporto privilegiato tra soggetto giuridico e ordinamento generale, cioè di un modello storico di organizzazione del nesso tra società civile e stato, espresso dallo schema classico del negozio.

Rescigno sottolinea a questo proposito come il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico sia appunto contestuale, alle origini del diritto moderno, con l'esclusione della rilevanza di forme preesistenti di autonomia 'collettiva', pertinenti a comunità e a formazioni sociali, e non all'individuo atomizzato, al soggetto di diritto come 'privato'.

Nella società contemporanea, la crisi della dialettica esclusiva individuato si esprime in forme complesse e contraddittorie, nelle quali trovano spazio istanze di riagggregazione e di partecipazione con altre di segno opposto, caratterizzate dalla caduta di un interesse generale capace di riorganizzare in maniera unitaria la società civile.

Si pensi, in questa prospettiva, all'impossibilità di leggere l'interventismo statale nell'economia come un processo di espansione della sfera regolata autoritativamente rispetto a quella lasciata alla libera determinazione del mercato. Se sono sempre più numerose le ipotesi e le forme di 'limitazione', da parte dei pubblici poteri, della libertà negoziale⁴⁹, sempre più numerosi sono anche i casi nei quali lo stato 'interviene' mediante moduli non autoritativi. Da un punto di vista generale e atecnico, la 'negoziante' tende a cristallizzarsi come metodo dell'azione di governo e della stessa formazione legislativa⁵⁰. Da un punto di vista più specifico, il dato caratterizzante è rappresentato dall'uso dello strumento negoziale da parte del pubblico potere. Ciò può avvenire nelle forme del 'diritto privato comune'⁵¹, nel senso che il soggetto pubblico sempre più spesso agisce sul mercato come un qualunque soggetto economico, ed è quindi sottoposto, come tale e in linea di massima, alle ordinarie regole negoziali.

⁴⁹ Una rassegna delle restrizioni normative della libertà contrattuale è in ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 276 ss.

⁵⁰ Sulla 'negoziante' (in senso naturalmente generalissimo e atecnico) come metodo dell'azione di governo v. G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976, pp. 157 ss.

⁵¹ Cfr. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pp. 914 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, pp. 490 ss.

Ma, soprattutto, tende a divenire generale l'ipotesi nella quale il soggetto pubblico rinuncia a utilizzare gli strumenti autoritativi di cui dispone, sostituendovi l'accordo diretto con i privati interessati. Avviene cioè che le finalità proprie del soggetto pubblico, ed essenzialmente quelle di direzione dell'economia, vengano svolte anche a livello formale come apporto negoziato con i soggetti economici privati⁵².

Il tema è attentamente esaminato nel saggio di Marzuoli, dal quale emerge una precisa indicazione: le nuove forme di presenza dei pubblici poteri nell'area 'privata' possono essere recuperate a una funzione originale e progressiva di governo democratico dell'economia solo se il soggetto pubblico viene riorganizzato in termini nuovi, attraverso una riforma dello stato che investa l'apparato tradizionale della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di strutturare democraticamente la partecipazione di tutti i soggetti interessati – e non solo dei detentori del potere economico – al processo di formazione della volontà pubblica.

Un'altra fondamentale espressione dell'emersione di forme nuove di negozialità, in una dimensione non più ristretta negli schemi individualistici e privatistici, è sottolineata con particolare attenzione nel contributo di Rescigno. Viene in primo luogo in considerazione la contrattazione collettiva, nella quale il riconoscimento dell'autonomia privata come autonomia collettiva traduce lo strumento negoziale in una forma di riappropriazione del potere normativo da parte di soggetti sociali storicamente espropriati dal controllo sui mezzi di produzione. L'affermazione dell'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva introduce un momento di rottura profonda nel sistema dell'autonomia privata⁵³ – incidendo sul principio che il contratto ha 'forza di legge' solo tra le parti – che si giustifica sul piano istituzionale solo come formalizzazione del carattere classista di un'organizzazione sociale basata sul lavoro salariato. Le più recenti conquiste della contrattazione collettiva contengono poi elementi potenziali ancora tutti da esplicitare, ma certamente molto significativi. Il diritto dei

⁵² In questa direzione muoveva il tentativo di 'contrattazione programmata' proposto nel secondo periodo del centro-sinistra, di fronte al fallimento dell'avvio di un'ipotesi di programmazione in qualche modo 'eterodiretta' [cfr. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, cit., pp. 77 ss.; S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977, pp. 117 ss.]. Per una teorizzazione dell'analoga esperienza gollista in chiave di 'rinascita', sotto vesti nuove, del contratto v. M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, in *Rev. trim. droit civil*, 1964, p. 5.

⁵³ Cfr., per una sintesi storica del 'riconoscimento' giuridico (a opera della giurisprudenza) di questo principio, ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 283 ss. Una valutazione del significato della nuova contrattualità del diritto del lavoro, in contrasto con le teorie istituzionali, è nei contributi di F. Cavazzuti e di P. Rescigno.

sindacati, affermato da una serie di contratti di categoria degli ultimi anni, di accedere alle informazioni sulla gestione imprenditoriale e di controllare l'adempimento degli impegni assunti dall'imprenditore in materia di investimenti, coinvolge anche il livello della gestione della politica economica nazionale, e reintroduce il tema del rapporto tra autonomia privata e programmazione pubblica da un'angolazione differente rispetto a quella dell'accordo tra stato e potere economico privato, ma egualmente legata al problema generale della direzione unitaria e democratica del processo economico (cfr. Ghezzi e Smuraglia).

Un terreno originale e fertile di 'nuova negozialità' è poi quello dell'autonomia collettiva dei gruppi e delle formazioni sociali intermedie. Rescigno – riprendendo una tematica già da lui introdotta nella cultura giuridica italiana – sottolinea nel suo contributo il valore, oltre che della contrattazione sindacale, di alcuni aspetti della nuova disciplina del diritto di famiglia.

Questa sommaria ricognizione dei caratteri nuovi, complessi e spesso contraddittori, di una fenomenologia riconducibile in senso lato alla problematica negoziale non può infine tralasciare un tema sottolineato soprattutto da Natoli. Si è ricordato come il processo di oggettivizzazione dello scambio e di massificazione dei rapporti sociali abbia posto in crisi la concezione tradizionale del negozio giuridico come dichiarazione di volontà. Uno degli aspetti salienti di tale processo e di tale crisi è costituito dalla sanzione legislativa di un 'diritto diseguale' all'interno della struttura ancora formalmente paritaria del rapporto contrattuale. Il riconoscimento del valore vincolante delle condizioni generali di contratto imposte dalla grande impresa nei confronti anche del contraente che non le abbia conosciute, e tanto meno volute, sanziona formalmente il predominio di fatto della grande impresa⁵⁴, che altera il funzionamento classico del mercato concorrenziale. Di fronte a questo fenomeno, la riaffermazione dei principi tradizionali del diritto privato, che fondano il vincolo negoziale sulla volontà delle parti, può acquistare, secondo Natoli, il valore nuovo di tutela della libertà sostanziale dei soggetti economicamente 'deboli' nei confronti del potere normativo di fatto dei mono-oligopoli.

⁵⁴ V. l'analisi di C. M. Mazzoni e le osservazioni di F. Galgano; e cfr. A. DI MAJO, in *Democrazia e diritto*, 1976, pp. 96 ss.; oltre ai libri di C. M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975 e di E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, che contengono analisi dettagliate del problema e delle possibili forme di soluzione.

5. *Cultura giuridica e forme della trasformazione*

Naturalmente, un generico accostamento tra lo schema negoziale classico e i termini nuovi nei quali tendono oggi a presentarsi sia la relazione tra soggetti privati e stato, sia le forme di autodeterminazione di singoli e gruppo, sarebbe del tutto inappagante.

Oltre tutto, già le proposte di lettura di quello schema contenute nei saggi qui raccolti non sono coincidenti, come il lettore avrà modo di verificare. Ma anche al di là delle diverse ipotesi interpretative della funzione delle teorie negoziali, sembra che la sopravvivenza di una categoria generale, alla quale ricondurre le diverse forme di autodeterminazione dei soggetti della società civile, non possa non rapportarsi sia a un'analisi complessiva del sistema delle mediazioni giuridiche, sia alla definizione dei tratti generali di un progetto di ricomposizione sociale.

È pertanto senza alcuna pretesa di trarre le conclusioni della ricerca, ma solo per sottolineare quello che sembra uno dei nessi che uniscono i contributi qui raccolti ai problemi cui accennavo all'inizio di questa introduzione, che appare possibile svolgere alcune considerazioni più generali.

5.1. Come ho già sottolineato, le analisi che seguono, pur nella loro impostazione talvolta non coincidente, convergono nel rifiutare impostazioni riduttivistiche del nesso tra categorie giuridiche e rapporti sociali, consentendo quindi di ripensare criticamente alcune formulazioni correnti. L'inestricabile connessione tra 'struttura' materiale e 'sovrastruttura' giuridica, tra rapporti sociali e forme istituzionali, porta a superare ogni 'critica del diritto' che si fermi a deprecare il carattere 'formale', per esempio, della libertà negoziale. Il problema, cioè, non consiste nell'avvalorare la denuncia delle diseguaglianze sostanziali sottaciute da quella libertà, ma nell'intendere tutto il significato epocale di un modo di produzione fondato su un sistema formale di relazioni interumane. La stessa elaborazione della categoria negoziale, lungi dal potersi ricondurre esclusivamente a un'operazione politico-culturale di un ceto intellettuale, può offrire elementi per la comprensione della funzione reale della mediazione giuridica nella società moderna, e quindi per una critica del formalismo della scienza giuridica borghese che non pretenda di negare anche la formalità del diritto moderno come funzione di una concreta dinamica sociale.

A questa prima considerazione si lega subito il rilievo che la

svalutazione degli aspetti di 'libertà' del sistema del diritto privato può presentare alcune conseguenze di non poco conto. Vi è, anzitutto, il rischio di non disporre di un quadro teorico unitario al quale riferire le 'aree nuove di negoziabilità' delle quali si è in precedenza parlato. In queste 'aree' il potere di autodeterminazione può esprimere un momento reale di partecipazione alle decisioni, o una istanza non trascurabile di garantismo nei confronti dell'esercizio di un potere altrui, e particolarmente di un potere economico privatistico⁵⁵.

L'appiattimento del carattere conflittuale del rapporto tra libertà (anche economica) privata e autorità pubblica presenta poi un ulteriore rischio. Nella prospettiva di direzione consensuale dell'economia cui si è accennato (nella quale il consenso si forma all'interno di un rapporto privilegiato tra istituzioni e grandi imprese), infatti, tale appiattimento esprime, più che il superamento di moduli autoritari ormai inadeguati, l'incapacità dei poteri pubblici di imporre ai privati il proprio punto di vista⁵⁶; più che la composizione tra interessi individuali e interesse generale, la caduta dell'interesse generale come punto di riferimento per l'intera società. L'anticoncettualismo può rappresentare il supporto teorico di questa ipotesi di direzione dell'economia fondata privatisticamente. Oscurando la funzione reale di determinati livelli di astrazione formale, un anticoncettualismo superficiale rischia infatti di 'distruggere' il dominio delle forme solo al livello delle idee; mentre il carattere formale delle relazioni sociali sembra destinato a permanere, sia pure in maniere sempre più complesse e contraddittorie, per tutto il periodo storico nel quale predomina la forma astratta di lavoro.

La ricomposizione integrale di pubblico e privato non sembra potersi prospettare che come momento finale di un intero processo storico, che passa attraverso lo spostamento a livelli diversi – e non l'immediata eliminazione – della conflittualità tra autonomia e socialità, anche sul

⁵⁵ Come osserva F. Cavazzuti, le teorie istituzionalistiche del diritto si fondano su una critica della 'contrattualità' dei rapporti sociali che può risultare funzionale alle esigenze di una riorganizzazione complessiva della società e delle istituzioni intorno al potere dominante dei monopoli. Non sembra d'altra parte che il problema delle forme di garantismo nei rapporti economici possa essere ancora risolto secondo i moduli liberaldemocratici. V. in proposito la discussione su *Gestione dell'economia e pluralismo sociale* in *Democrazia e diritto*, 1976, pp. 303 ss.

⁵⁶ Cfr. le osservazioni in S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, cit., p. 115. Almeno sino a oggi, nella misura in cui ha trovato attuazione, la prospettiva di direzione consensuale dell'economia si è tradotta in una nuova forma di subordinazione del pubblico al privato, mediante la pura registrazione, ai fini di finanziamento pubblico, di programmi elaborati all'interno delle imprese.

terreno stretto dell'economia. Utile potrebbe essere allora una verifica condotta sugli ordinamenti giuridici dei paesi a 'socialismo reale'⁵⁷.

Si è visto che la nazionalizzazione dei mezzi di produzione non implica di per sé il superamento integrale del carattere mercantile della produzione. Il problema fondamentale di un regime economico fondato su un sistema di imprese pubbliche o socialmente controllate è anzi proprio quello dell'intreccio tra produzione di merci e produzione di beni non formalizzati entro gli schemi della merce, tra produzione e bisogni, tra valore di scambio e valore d'uso. La stessa pianificazione sovietica, lungi dal ridursi a gestione diretta (non politico-formale) dei mezzi di produzione,

⁵⁷ A questo proposito, P. Rescigno sottolinea la utilizzazione della figura negoziale nel nuovo Codice civile della R.D.T. (1976). Tra i "principi fondamentali" del diritto civile socialista è contenuta l'attribuzione a "ogni cittadino", "nell'ambito del diritto civile" del potere di "usare della proprietà socialista, acquistare ed essere titolare della proprietà personale, del diritto d'autore e di altri diritti, concludere contratti e compiere altri negozi, disporre per testamento della sua proprietà ed ereditare". La disposizione è tanto più significativa in quanto contenuta in un testo normativo che è stato redatto con la particolare attenzione di evitare "tutta la ridda di relazioni formali tra categorie giuridiche" che caratterizzano il diritto privato borghese (S. Joackim). D'altra parte, l'utilizzazione nella Germania democratica fino al 1976 del BGB – codice borghese per eccellenza – si era dimostrata possibile proprio per "la sua marcata astrattezza, che consente di sostanziare le sue norme con contenuti nuovi e di applicarle in modo da farle corrispondere alle nuove esigenze sociali" (H. Toeplitz).

La funzione dell'autonomia negoziale dei 'cittadini' nei diritti socialisti vigenti (cfr. E. ROPPO, *Una esperienza di codificazione nella RDT: il nuovo Zivilgesetzbuch*, in *Democrazia e diritto*, 1976) ha un ruolo istituzionalmente secondario, esercitandosi solo in relazione ai beni di consumo, ai valori d'uso. Tuttavia, anche all'interno della schematica contrapposizione tra 'diritto civile' e 'diritto dell'economia' emergono significative interrelazioni: le scelte che i 'cittadini' esprimono esercitando la libertà negoziale loro riconosciuta, incidono, attraverso la formazione della domanda, sulla determinazione e sui risultati del piano, confermando la complessità del rapporto tra pubblico e privato nelle stesse economie pianificate (in generale, cfr. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, cit., pp. 215 ss.).

Sul versante poi delle 'imprese', l'autonomia negoziale nelle economie socialiste (cfr. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, cit., pp. 218 ss.; D.A. LOEBER, *Autonomia contrattuale delle imprese di Stato soggette al piano*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1969, pp. 62 ss.; G. ROSSI, *Autonomia contrattuale delle imprese di Stato soggette al piano*, *ivi*, pp. 75 sgg.) si lega al tema del rapporto tra pianificazione e mercato e quindi del modello di organizzazione dei rapporti produttivi. L'esperienza giuridica sovietica, sotto questo aspetto, è segnata dall'insuccesso del tentativo di costruire un diritto dell'economia come diritto essenzialmente amministrativo. Tale insuccesso sembra legato ai risultati negativi, sul piano teorico e pratico, derivanti dalla svalutazione della legge del valore in un'economia socialista e dalla conseguente impostazione di una pianificazione estremamente centralizzata e quantitativa.

continua a essere pianificazione formale, e cioè giuridica. Si riafferma così la funzione specifica del diritto come insieme di regole della complessa dialettica tra piano e mercato, tra individui, imprese e istituzioni; e il problema del carattere formale della regolazione giuridica dell'economia acquista maggior rilievo di fronte a una prospettiva di transizione che non intenda muovere da una immediata e integrale pubblicizzazione dei mezzi di produzione.

5.2. Questa tematica è immediatamente riconducibile alla precisa istanza teorica dalla quale ha reso le mosse la ricerca raccolta in questo volume, con l'obiettivo di formulare e verificare alcune ipotesi della cultura istituzionale marxista sul terreno della norma e delle forme giuridiche, in tutta la loro complessità e ambiguità. Si tratta in effetti di un'ambiguità che esprime il livello raggiunto dalla contraddizione fondamentale del processo capitalistico, stretto tra sempre maggiore concentrazione dell'appropriazione privatistica del plusvalore e sempre maggiore socializzazione delle forze produttive. È proprio lo sviluppo dei rapporti capitalistici moderni a porre in crisi la dogmatica giuridica classica, rivelando così la sua intrinseca contraddittorietà.

Critica del diritto moderno e costruzione delle forme giuridiche della transizione si mostrano subito legate da un nesso stretto.

Se il processo di transizione si incentra sulla ricomposizione strutturale della sfera della produzione con i processi di formazione della volontà politica, diviene determinante la individuazione delle forme di questa ricomposizione tra stato e società, tra politica ed economia, nella direzione di una socializzazione sempre maggiore e del potere politico e della gestione dei mezzi di produzione. La prospettiva è evidentemente quella marxiana del progressivo superamento della separazione tra funzioni politiche e processo economico, del 'deperimento' del diritto e dello stato come *separati* rispetto all'organizzazione produttiva. Si tratta però di individuare le forme di mediazione, ancora 'giuridiche' in quanto ancora astratte, adeguate a tutta la fase storica coperta da questa prospettiva. Anche se la progressiva riappropriazione sociale del valore d'uso e il nuovo rapporto da instaurare tra bisogni e produzione consentono di arricchire sempre più l'astrazione di determinazioni concrete, funzionali a un progetto razionale di socializzazione, sembra che solo il compimento del processo, nella ricomposizione comunitaria dell'economia e della società, possa determinare la caduta definitiva del carattere astratto delle forme sociali. L'indicazione marxiana e leniniana del deperimento del

diritto e dello stato contrasta allora con quell'estremismo giuridico che insiste, talvolta rozzamente, nella ripetizione di formule per le quali "il diritto e lo stato borghesi non possono essere 'modificati', vanno solo 'abbattuti' per mezzo di un 'uso alternativo' costante dei medesimi che coincide, in definitiva, con la stessa lotta di classe del proletariato" [ad es., P. PICONE, *Riformismo giuridico o socialdemocrazia*, in BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., pp. 209 ss.]. Non a caso anche le formulazioni più articolate e scientifiche dell'estremismo giuridico finiscono per sfociare nella negazione della possibilità e del significato di una 'conoscenza' del diritto: il carattere di classe dello stato tardo-capitalistico non sarebbe "conoscibile" e non sarebbe possibile una "teoria rivoluzionaria dello stato"; a loro volta, quindi, la pratica politica e la lotta di classe "non possono essere programmati e diretti da una conoscenza di tipo oggettivante"⁵⁸.

La rinuncia a decifrare fino in fondo i nessi tra forme istituzionali e processi storici reali è destinata a sbocchi comunque traumatici, nella misura in cui il processo di transizione si configura storicamente come un'epoca lunga e complessa. Proprio la mancata comprensione teorica del nesso tra rapporto economico e rapporto giuridico, e la conseguente concezione dello stato come mero apparato di coercizione, si accompagnano, nell'esperienza sovietica, a una fase nella quale la prospettiva del deperimento del diritto viene teorizzata in un nesso stretto con il rafforzamento delle funzioni di dominio arbitrario dello stato.

Cogliere invece il senso del legame tra deperimento del diritto e progressiva acquisizione della capacità di autogoverno da parte della società, tra dilatazione della democrazia e costruzione del socialismo⁵⁹, significa dunque anche intendere l'esigenza di un'approfondita analisi teorica delle istituzioni e del diritto, adeguata al livello qualitativo del processo di trasformazione sociale. Al di là delle formule, una scienza giuridica funzionale alla socializzazione della politica e dell'economia ha di fronte a sé il compito fondamentale di costruire le forme giuridiche adeguate all'ipotesi di trasformazione sociale, senza smarrire il senso né

⁵⁸ C. OFFE, *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Milano, 1977, p. 145. L'impossibilità di una teoria marxista dello stato che non sia (solo) teoria della dissoluzione dello stato è al centro della riflessione più recente di Antonio Negri (v. soprattutto il saggio *Esiste una dottrina marxista dello Stato?*, ora in A. NEGRI, *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, pp. 273 ss.).

⁵⁹ Per una lettura del noto dibattito aperto da BOBBIO v. A. BOLAFFI, *Democrazia e socialismo. Note a una discussione*, in *Democrazia e diritto*, 1976 e cfr. i saggi raccolti in G. VACCA, *Quale democrazia*, Bari, 1978.

della storicità né della specificità del diritto.

Su questi temi, come ho ricordato all'inizio, la discussione è aperta, e un nodo centrale di essa è rappresentato dalla riflessione sul significato della crisi delle fondamentali categorie tradizionali del diritto privato, come aspetto della trasformazione in atto delle funzioni e delle strutture dello stato.

Decisivo è, anche sul piano teorico, il tema delle forme di governo dell'economia. In un'ipotesi di trasformazione basata sulla coesistenza del piano con una struttura ancora parzialmente privatistica del mercato, solo la ridefinizione del nesso tra privato e pubblico, operata su basi nuove, che non pretendano di eliminarne ogni carattere conflittuale, può consentire di evitare la sopravvivenza, in forme nuove, della subordinazione della politica all'economia privatistica.

Proprio per questo, dunque, sembra che permanga un problema di garantismo – nel senso classico di predefinizione istituzionale degli ambiti di autonomia – anche per le situazioni giuridiche a contenuto economico; e che sia quindi necessaria una categorizzazione del diritto dell'economia che non dissolva i *reali* elementi privatistici che persistono⁶⁰.

Per il negozio giuridico – come per il diritto di proprietà – il problema non è allora di negare solo a livello ideale la funzione (certamente privatistica) dello schema classico; ma di verificarlo alla luce dei caratteri nuovi che quella funzione assume in un quadro caratterizzato dalla ridefinizione dei rapporti tra pubblico e privato. L'indicazione che emerge da questa ricerca collettiva potrebbe allora risultare sufficientemente univoca. La rilettura della categoria della negozialità può avvenire solo alla luce del rapporto complesso tra le due aree nella quale essa oggi può porsi: quella riservata all'autonomia decisionale dei detentori – a qualunque titolo – dei mezzi di produzione; e l'altra degli spazi nei quali gruppi o singoli si riappropriano del potere di autodeterminarsi non nell'ambito angusto dello scambio formale e astratto, ma in quello della soddisfazione di interessi e bisogni fondamentali. Sul terreno della produzione, i due versanti si trovano subito a confliggere. La complessità del rapporto tra le nuove conquiste della contrattazione collettiva in materia di controllo

⁶⁰ La definizione degli "spazi di garantismo" del potere economico privato e la categorizzazione in termini nuovi del diritto dell'economia non implica la riproposizione della 'forma di impresa' come entità 'razionale' e immutabile. L'elaborazione istituzionale più recente si propone appunto di costruire le forme (teoriche e tecniche) nuove alle quali ricondurre il 'potere d'impresa' in una prospettiva di trasformazione sociale. Cfr. in particolare A. DI MAJO, *Metodo dell'economia e sistema delle imprese*, in *Democrazia e diritto*, 1977; F. GALGANO, *Grande impresa e transizione*, in *Critica marxista*, 1977.

sulle scelte d'impresa, e l'ambito del potere gestionale dell'imprenditore, ne è l'esempio più evidente.

A questo punto, il terreno delle autonomie non appare più sufficiente: la ricomposizione sociale deve avvenire al livello dello stato e dell'ordinamento generale. Tuttavia, la costruzione di un socialismo 'diverso' si fonda proprio sul rifiuto di uno statalismo che tutto pervade e dirige dall'alto, e quindi sulla convinzione che la trasformazione del modo di produzione richiede una complessa riconduzione a unità del sociale attraverso diverse sfere di autonomia, individuali e collettive, e diverse sfere di eteronomia, centrali e decentrate.

*Questione dello Stato e progetto di trasformazione**

SOMMARIO: 1. Il dibattito istituzionale nella sinistra – 2. Critica del diritto e «transizione» – 3. Crisi e riforma dello Stato – 4. Il caso italiano – 5. Diritto diseguale e principio di legalità – 6. Formalità del diritto e crisi del formalismo – 7. Ricomposizione e democrazia – 8. La questione del garantismo – 9. Considerazioni finali.

1. Il dibattito istituzionale nella sinistra

Nel dibattito sulla questione dello stato è emersa una certa difficoltà nel raccordo tra la nostra politica e una riflessione teorica sullo stato contemporaneo. Alla base di questa difficoltà è anche il rapporto tutt'altro che lineare esistente tra l'articolazione complessiva del progetto di riforma dello stato quale si è venuta delineando nella elaborazione comunista degli ultimi anni, e gli sviluppi della situazione politica e istituzionale, a partire dal nodo non ancora risolto della piena partecipazione del movimento operaio al governo del paese. È lecito però domandarsi se proprio questo dato non imponga di riflettere sul tipo di analisi istituzionale che si rende di conseguenza necessario, e sulle forme del raccordo tra questa analisi e la concreta politica istituzionale. In altri settori della sinistra, d'altra parte, sono emerse analisi e riflessioni che si sono mostrate idonee a legarsi a ipotesi strategiche e a scelte politiche diverse dalle nostre.

Iniziando da questo rilievo, si può segnalare intanto l'obiettivo convergenza tra i risultati della riflessione radical-socialista, sfociata nel «progetto socialista per l'alternativa», e di quella proveniente dall'estrema sinistra. Il dato è significativo perché i punti di partenza sono invece profondamente diversi, al contrario di quanto non appaia quando, con eccessiva semplificazione, i due discorsi vengono ricondotti alla comune matrice del «neogarantismo».

L'analisi che, per semplicità, possiamo definire «estremista» muove da una critica radicale della democrazia rappresentativa, nei suoi presupposti¹ e negli sviluppi conseguenti alle trasformazioni dello stato nelle società a capitalismo maturo, che l'hanno resa «poco più che un fantasma

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1978, pp. 509-526.

¹ V. la sintesi di P. PETTA, *Per la critica della democrazia rappresentativa*, in *Contro l'autonomia della politica. Quaderni di fabbrica e stato*, 6-7, 1978, pp. 185 ss.

ideologico»². La subalternità del «popolo» alla rappresentanza politica, della politica agli apparati burocratici, dello stato al «capitale complessivo» appaiono come i tratti costitutivi dello stato contemporaneo, che non lasciano spazi residuali rispetto all'identificazione della mediazione istituzionale con l'economia capitalistica. La riduzione dello stato alla dimensione di una classe porta alla conclusione della «non riformabilità e non utilizzabilità a fini socialisti dello stato borghese capitalistico quale si è venuto configurando ai tempi nostri... neppure dopo la sua presa di possesso da parte dei partiti operai». Al tempo stesso, in maniera alquanto inopinata, si afferma però l'esigenza di una difesa dei diritti di libertà e del garantismo giuridico-formale non solo a fini tattici e difensivi, ma in una prospettiva «strategica... come momento essenziale della transizione socialista». Lo stato del capitalismo maturo, in tutta la sua pur ambigua capacità di instaurare un rapporto nuovo e diverso con la società civile, appare come frutto esclusivo della degenerazione autoritaria, di fronte al quale viene esplicitamente riproposto il modello liberale classico come forma universale della politica e della democrazia. L'istanza garantistica si accompagna così alla negazione della praticabilità e della stessa visibilità di una riforma dello stato costruita intorno al nesso democrazia-socialismo, e che quindi muova *dall'interno* delle istituzioni rappresentative.

Diverso è invece il punto di partenza dell'elaborazione radical-socialista. Si tratta per essa di ricondurre la prospettiva istituzionale nell'alveo della pratica delle democrazie occidentali, eliminando per quanto possibile gli elementi di specificità del «caso italiano», e rivalutando «il modello dell'alternanza come l'unico capace di governare i conflitti nelle società industriali avanzate»³. L'analisi della storia repubblicana è così condotta secondo le linee della costruzione di un regime anomalo, basato sul prepotere dei partiti organizzato intorno alla negoziazione corporativa

² L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, *ivi*, pp. 195 ss.; e in *Unità proletaria*, marzo 1978. Dallo scritto di Ferrajoli, che contiene un'esposizione articolata degli argomenti del filone di ricerca istituzionale qui considerato, sono tratti anche i passi che seguono. Analoghi esiti ha la riflessione di Stame, il quale, muovendo dall'individuazione del dato distintivo e costitutivo dello stato moderno nella coercizione, ripropone un neogantismo esplicitamente fondato sul recupero della tradizione teorica liberale. Cfr. F. STAME, *Società civile e crisi delle istituzioni*, Milano, 1977; ID., *Lo Stato contro i bisogni*, in *Aut-Aut*, 161, 1977, pp. 19 ss. Cfr. anche U. RESCIGNO, *Democrazia autoritaria, diritti di libertà, progetto proletario*, in *Critica del diritto*, 10-11, 1977, pp. 161 ss.; D. ZOLO, *Democrazia corporativa, produzione del consenso, socialismo*, in *Probl. del socialismo*, 9, 1978, pp. 115 ss.

³ F. COEN, *Prefazione a Quale riforma dello Stato?*, in *Quaderni di Mondoperaio*, 12, 1978, p. X.

degli interessi⁴. Innestandosi su queste basi, la proposta comunista per la riforma dello stato si mostra tale da configurare «una democrazia consociativa a latente vocazione totalitaria»⁵, che può o sfociare nella riproposizione del modello di consociazione corporativa, o spingersi verso sbocchi autoritari. Le indicazioni di parte socialista, espunte con particolare coerenza da Giuliano Amato, sono volte a privilegiare contestualmente, da una parte, tutti i momenti di autonomia e di «contropotere» esistenti nella società e nelle istituzioni e non riconducibili alla gestione dei partiti, e, dall'altra, il ruolo di sintesi e di direzione politica, da sottrarre ai meccanismi paralizzanti della negoziazione e della consociazione. L'ipotesi presidenzialistica avanzata da Amato appare dunque uno sbocco coerente dell'analisi e della proposta politica da lui condotte.

È difficile negare che questa proposta appare da un lato ancora interna agli schemi liberaldemocratici tendenti a inglobare la società civile «in un aggiornato sistema statale di *checks and balances*»⁶, e dall'altro segnata da una forte venatura di democrazia plebiscitaria (ed è appena il caso di segnalare che tra i due aspetti non vi è contraddizione)⁷. Del resto, nel più recente dibattito politico è emersa in concreto, da parte della cultura istituzionale socialista, la rivendicazione di spazi maggiori, più che per forme di autogestione della società o delle imprese, per ogni «potere» che, per il solo fatto di non essere emanazione diretta delle assemblee elettive, appaia un «contropotere» da garantire e da rafforzare, si tratti della Corte costituzionale o di un Presidente della repubblica espresso direttamente dal corpo elettorale.

Emerge così quell'obiettiva convergenza, cui accennavo sopra, tra le due posizioni, accomunate dalla profonda diffidenza per un progetto di trasformazione che, muovendo da questo stato e da questa democrazia, ponga al centro la questione dell'egemonia operaia e della ricomposizione sociale e istituzionale. Lo stato, dunque, non appare conoscibile se non

⁴ Cfr. G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1977.

⁵ G. AMATO, *Riforma dello Stato e alternativa della sinistra*, in *Mondoperaio*, 7-8, 1977, e in *Quale riforma dello Stato*, cit., pp. 1 ss. A questo scritto, e all'altro di G. AMATO, *Democrazia conflittuale e trasformazione sociale*, in *Mondoperaio*, 3, 1978, e in *Quale riforma*, cit., pp. 157 ss., si fa in seguito riferimento nel testo.

⁶ È la critica svolta da A. BALDASSARRE, *Un sistema che si fonda sui partiti di massa*, in *Rinascita*, 3 febbraio 1978, e in *Quale riforma*, cit., pp. 143 ss.

⁷ Sulle forme nuove della «democrazia plebiscitaria» nello stato contemporaneo, diversi decenni dopo l'analisi weberiana, utili spunti in H. MARCUSE, *Industrializzazione e capitalismo*, in *Max Weber e la sociologia oggi*, a cura di O. STAMMER, trad. ital., Milano, 1967, pp. 199 ss.

con le categorie «pure» elaborate dalla ragione borghese del novecento, da Weber a Kelsen; e non appare praticabile da un progetto finalizzato alla trasformazione del modo di produzione, se non a rischio di irreparabili torsioni autoritarie.

Mi pare difficile negare che le obiezioni che ci vengono mosse non sono né pretestuose, né facilmente superabili con la pur facile risposta basata sulla incapacità dei disegni istituzionali che ci vengono contrapposti a definire gli elementi di una politica di trasformazione.

Le difficoltà sono reali e profonde: la caduta definitiva del termine di riferimento rappresentato dal «socialismo reale», unita al fallimento storico delle altre prospettive teorico-statali del movimento operaio – dalla democrazia consiliare all'uso, di stampo kautskyano, dello stato «parlamentare» ai fini della transizione – crea un vuoto teorico, che rischia di essere riempito da soluzioni empiriche e di corto respiro. Alla base di queste soluzioni ricompare talvolta la rinuncia a un'analisi attenta al nesso tra forme istituzionali e rapporti sociali, o il ritorno a concezioni strumentali dello stato come mera «macchina di governo». Occorre invece ricomporre gli elementi di una teoria dello stato che, muovendo dall'analisi delle trasformazioni funzionali e strutturali delle società a capitalismo maturo, sia in grado di coniugare il progetto fondato sulla nostra tradizione con tutte le implicazioni e le potenzialità contenute nella fondazione dell'ordinamento giuridico sul principio democratico-rappresentativo. Per questa via appare possibile un recupero nella funzione di governo del nesso che ha storicamente legato la costruzione dell'egemonia alla lettura critica della società e delle istituzioni.

2. *Critica del diritto e «transizione»*

Il richiamo alla tradizione non può certamente implicare il rifiuto di collegare le difficoltà teoriche di oggi ai limiti, anche culturali, di ieri.

Hanno a lungo pesato sulla cultura giuridica progressista gli esiti della critica del diritto di origine dell'avolpiana. Si impone su questo tema una riflessione certo ben più approfondita di quanto sia qui possibile. Mi pare tuttavia di poter dire che quegli esiti, ponendo alla luce tutti i nessi che legano lo stato burocratico-rappresentativo e le categorie giuridiche moderne ai meccanismi oggettivi di funzionamento dell'economia di mercato, abbiano contribuito in maniera decisiva all'approfondimento del rapporto tra democrazia e socialismo. L'indicazione teorica che vede

proprio nell'esaltazione di quel rapporto il senso attuale del «deperimento» dello stato – come tendenziale «riduzione a zero» della separazione tra stato e società civile – conserva una sua validità di fondo.

Tuttavia, i limiti teorici del dellavolpismo mi sembrano egualmente evidenti, al confronto con un'ipotesi di transizione che si presenta come un processo di lunga durata, che non *inizia* con la socializzazione-statizzazione dei fondamentali mezzi di produzione, e che quindi non segna una netta cesura tra economia di mercato e economia socialista. I nostri problemi attuali sono proprio all'interno dello scarto esistente, in quella teoria critica del diritto, tra il dato di partenza – la connessione tra forme statuali e forme dell'economia di mercato come rapporto di separazione-subordinazione – e il dato di arrivo: la ricomposizione comunitaria dell'economia e della società, che riassorbe la possibilità stessa di forme separate della politica e del diritto. Questo scarto può essere colmato solo dall'analisi della torsione che storicamente hanno subito le forme istituzionali e le categorie giuridiche moderne; e quindi da un'analisi che, individuando tutti gli elementi nuovi di contraddizione insiti nelle trasformazioni dello stato a partire almeno dagli anni '30, sia idonea a definire al tempo stesso gli elementi per una formalizzazione qualitativamente diversa, tale da modificare il segno di classe delle funzioni sociali e delle strutture stesse dello stato. Diversamente, proprio una critica al kelsenismo che non sconti le profonde trasformazioni dei modi d'essere del rapporto tra economia, società e istituzioni, rischia di ricondurre allo stesso Kelsen e in genere alla ragione formale borghese, come unico punto di vista che consenta di assicurare, attraverso la connessione «razionale» tra economia di mercato e forme giuridico-statali, una teoria dell'ordinamento saldamente ancorata alle certezze del garantismo.

Proprio del resto dai più recenti risultati del marxismo teorico italiano, particolarmente attenti al significato decisivo della riflessione gramsciana, sembra possibile trarre gli elementi che consentano di procedere, all'interno dello specialismo giuridico, nella direzione accennata, che sembra implicare, come dirò più avanti, un allargamento conseguente, e non l'abbandono della critica al formalismo.

3. *Crisi e riforma dello Stato*

Si tratta dunque di far progredire la riflessione attraverso un'analisi approfondita delle trasformazioni funzionali e strutturali dello stato tardo-

capitalistico.

Mi sembra essenziale intendere tutto il senso e la possibile collocazione strategica degli importanti elementi di conoscenza che ci vengono da alcune recenti ricerche, dirette a portare l'analisi critica dello stato moderno al livello segnato dalla fine della funzione privilegiata del mercato come regolatore dell'economia capitalista, e quindi dalla fine dello stato soltanto «politico», separato dalla società e subordinato, proprio attraverso questa separazione, ai meccanismi di accumulazione e valorizzazione del capitale⁸.

Non sempre, infatti, le implicazioni che, più o meno esplicitamente, sono state tratte da quelle ricerche appaiono pienamente congrue.

Mi riferisco, in primo luogo, alla lettura che da quelle analisi sembra dedurre una conferma della tesi del «piano del capitale»⁹. Mi sembra che in tal modo si perda quanto di nuovo esse contengono rispetto a precedenti ricerche sullo stato postkeynesiano: la sottolineatura cioè dell'elemento di crisi che proprio il nuovo assetto funzionale e strutturale dello stato tardo-capitalistico porta con sé: una crisi che non è certo riconducibile ad una estensione generalizzata della «forma fondamentale della legge del plus valore dalla fabbrica all'intera società»¹⁰; ma, tutt'al contrario, è espressione proprio della sempre maggiore difficoltà di far aderire l'intera organizzazione istituzionale alle forme dello scambio di equivalenti.

Se un dato comune presentano infatti, al di là di semplicistici accostamenti, le ricerche di O' Connor e di Offe, questo è rappresentato dalla categoria della *contraddizione*, strettamente legata a quella della *crisi*¹¹. La contraddizione, diversamente articolata e localizzata, tra le *funzioni* dello stato contemporaneo, di supporto economico e sociale al processo di valorizzazione, e gli *effetti* che quelle funzioni producono – i quali determinano un'accentuazione di quelle stesse ragioni di crisi che erano alla base delle funzioni – sfocia in un'allargamento della crisi complessiva, che rende realistica la previsione di un'ulteriore torsione strutturale delle

⁸ Il riferimento è soprattutto agli studi di Offe e di O' Connor, recentemente tradotti in italiano. Cfr. C. OFFE, *Lo Stato del capitalismo maturo*, Milano, 1977; J. O' CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1977; ID., *Le grandi imprese e lo Stato*, Napoli, 1976.

⁹ In questa direzione è orientato il cit. scritto di Ferrajoli.

¹⁰ Cfr. R. PANZIERI, *Plusvalore e pianificazione*, in ID., *Lotte operaie nello sviluppo capitalistico*, a cura di S. Mancini, Torino, 1976, pp. 51 ss.

¹¹ Cfr., in questa direzione, su Offe, l'analisi di G. E. RUSCONI, *Sistema e legittimazione. A proposito de «Lo Stato nel capitalismo maturo» di Claus Offe*, in *Aut-Aut*, 164, 1978, pp. 97 ss. È il caso di sottolineare la complessità del nesso contraddizione-crisi-legittimazione, quale emerge da orientamenti di ricerca profondamente diversificati: si pensi, oltre a Offe e a O' Connor, su un versante, a Forsthooff o a Luhmann, e, sull'altro, a Habermas.

istituzioni verso forme autoritarie.

Il limite maggiore dell'analisi di Offe, com'è stato giustamente sottolineato¹², risiede nell'incapacità di individuare il contenuto di quei «filtri selettivi di classe», la cui operatività entro l'organizzazione politica statale costituisce un presupposto fondamentale della costruzione teorica. Questa incapacità – che si salda con l'esplicita rinuncia a definire una teoria della trasformazione dello stato – preclude la possibilità di cogliere le diverse valenze di classe delle diverse forme nelle quali la mediazione politico-statale si esprime.

Eppure sembra che solo all'interno di una analisi di questo tipo sia possibile definire un progetto *razionale* di riforma dello stato che facendo leva proprio sugli elementi di contraddizione che le nuove funzioni statuali contengono, possa valorizzare gli aspetti nei quali la presenza, nello stato tardo-capitalistico, di elementi per il superamento dello scambio di equivalenti come forma generale di funzionamento della società civile, possono consentire ad una «volontà politica» diversamente organizzata, di esprimersi, appunto, come «ragione», cioè come direzione deliberata e consapevole, democraticamente strutturata, dei processi economici e sociali.

La «caduta di un interesse generale» come punto unitario di riferimento dell'azione dei pubblici poteri, che i giuristi lamentano da anni, può acquistare allora un significato nuovo; purché da essa si desuma non la rinuncia – di segno riformistico o estremistico – a «ricostruire» quell'interesse, ma la consapevolezza che tale compito non può essere il risultato automatico del rapporto tra potere pubblico e autonomie private, bensì il frutto di uno stretto coordinamento tra strategia politica e definizione delle tecniche di intervento.

¹² Ad. es., da D. ZOLO, *Introduzione* a C. OFFE, *Lo Stato*, cit., pp. 9 ss.; e da A. BALDASSARRE, *Che cos'è questo Stato*, in *Rinascita*, 17 marzo 1978. Mi pare che questo limite, così come la conseguente affermazione dell'impossibilità di fondare una teoria della trasformazione dello stato (in significativa convergenza con A. NEGRI, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, pp. 196 ss., pp. 273 ss.), derivino dall'assenza di dimensione storica di un'analisi che privilegia in modo esclusivo l'approccio funzionale. In tal modo sfugge sia, appunto, la «storicità» del rapporto tra masse e istituzioni, sia il carattere processuale, e quindi «aperto», delle modificazioni strutturali delle istituzioni. Da un limite analogo, in una direzione naturalmente diversa, mi sembra segnata l'intervista ad Althusser che ha aperto il dibattito sullo Stato svoltosi negli ultimi mesi sulle pagine del *Manifesto*. (V. «La questione dello Stato, oggi e nella transizione, in un'intervista al *manifesto* di Louis Althusser», in *Il manifesto*, 4 aprile 1978). Questa impostazione, sottovalutando la centralità del problema della *qualità nuova* del rapporto tra Stato, masse ed economia nel capitalismo organizzato, ha poi pesato sui contenuti di quel dibattito.

Mi sembra allora che una prospettiva che privilegiasse l'uno aspetto a danno dell'altro, o comunque segnasse una netta cesura tra riflessione teorica e definizione degli strumenti di governo, sarebbe profondamente sbagliata. L'obiettivo, piuttosto, è quello di giungere, in misura maggiore che nel passato, a *coniugare* la teoria delle istituzioni con il progetto politico di trasformazione, in tutta la sua complessità e in tutte le sue articolazioni concrete.

Solo all'interno di un'analisi di questo tipo mi pare che la formula della «autonomia dello stato»¹³ possa assumere il valore riassuntivo di dati molto più complessi, che si riferiscono tutti alla non immediata corrispondenza tra funzioni politico-statali ed esigenze del processo economico, nella fase del capitalismo maturo. Altrimenti quella formula sembra ricondurre o, ancora una volta, alla mai tramontata idea dello stato come «macchina» al servizio della classe (o dei gruppi) detentori del «potere»; oppure alla concezione della «oggettività» di determinate strutture e forme di mediazione, considerate necessarie proprio in quanto organicamente connesse a determinati rapporti economici. Si tratta di concezioni solo apparentemente contrapposte, perché scontano invece entrambe il recupero di certe formulazioni intorno al rapporto struttura-sovrastuttura, che parevano da tempo superate, e che, tra l'altro, sembrano arretrate rispetto al senso profondo che assume, nella nostra strategia, la centralità della riforma dello stato. È quest'ultima una scelta che sconta proprio la non neutralità delle strutture istituzionali, la loro profonda radicazione nei rapporti di classe; per cui la stessa ricomposizione democratica della società richiede una profonda trasformazione dell'assetto istituzionale e dell'organizzazione del potere pubblico.

¹³ Cfr. la rassegna di D. A. GOLD, C. Y. LO, E. O. WRIGHT, *Recenti sviluppi della teoria marxista sullo stato capitalista*, in *Monthly Review*, ediz. ital., 11-12, 1975; e la riflessione di F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, pp. 1 ss. Diverso è il senso del discorso sulla «relativa autonomia» della politica e dello Stato svolto da M. TRONTI (cfr. *Sull'autonomia del politico*, Milano, 1977; *Politica e potere*, in *Crit. marx.*, 3, 1978, pp. 19 ss.) e da M. CACCIARI (cfr. *Problemi teorici e politici dell'operaismo e centralità operaia*, in *Operaismo e centralità operaia*, a cura di F. D'Agostini, Roma, 1978, pp. 45 ss.). Mi pare che il discorso debba andare al di là della funzione descrittiva del dominio capitalistico, spingendosi a una ulteriore e approfondita analisi e concettualizzazione delle funzioni e delle strutture dello stato contemporaneo.

4. *Il caso italiano*

In questa prospettiva assume evidentemente un carattere decisivo la ricostruzione di tutta la complessità, anche istituzionale, del «caso italiano»¹⁴. È solo all'interno della specificità che nella storia italiana assumono sia il rapporto tra politica ed economia, sia il rapporto tra movimento operaio e stato, che è possibile cogliere gli elementi che consentano di definire un progetto *concreto* di trasformazione sociale.

È dunque tutt'altro che casuale che le analisi ricordate all'inizio siano dirette o ad appiattare la specificità del caso italiano nelle generali tendenze di trasformazione degli stati a capitalismo maturo, o a sottolinearne i caratteri di arretratezza e di degenerazione rispetto al modello di «democrazia occidentale». Se si assumono questi elementi – che certo contengono la loro parte di verità – come *unic*i parametri di valutazione, la proposta istituzionale sarà, coerentemente, di rafforzare gli elementi garantistici contro le tendenze autoritarie, e di eliminare per quanto possibile gli aspetti peculiari che rendono la democrazia italiana, appunto, un «caso» peculiare nel mondo capitalistico.

In tal modo, però, non solo ci si preclude una comprensione più piena dei problemi che ci sono di fronte, ma non si è in grado neppure di affrontare uno dei nodi che rendono particolarmente complessa e profonda la crisi italiana, costituito proprio dalla qualità particolare che ha assunto in Italia lo «stato sociale»: che non è data solo dalle forme peculiari di mediazione assistenziale e corporativa dominanti nei tre decenni di «primato della Dc», ma anche dal livello particolarmente avanzato delle forme di «socializzazione della politica» e di «politicizzazione della società» per usare le formule correnti.

È questo un dato che, se aggrava in un certo senso la portata della crisi, rendendo particolarmente difficile il processo di ricomposizione, contiene però anche grandi potenzialità innovative, purché si riesca a inserirlo adeguatamente nella riflessione e negli interventi di riforma, insieme a tutti gli altri elementi dirimpenti che il livello acutissimo della crisi reca con sé. È quasi inutile aggiungere che, da questo punto di vista, ogni ottimismo appare fuor di posto. Il processo di trasformazione istituzionale incontra

¹⁴ Cfr. P. BARCELLONA, *Stato e mercato tra monopolio e democrazia*, Bari, 1976, pp. 43 ss.; ID., *La Repubblica in trasformazione. Problemi istituzionali del caso italiano*, Bari, 1978, pp. 45 ss.; A. BALDASSARRE, *I poteri di indirizzo-controllo del Parlamento*, in *Il Parlamento: analisi e proposte di riforma. Quaderni di Democrazia e Diritto*, 2, 1978, pp. 185 ss.; e, in una differente prospettiva, il ricordato libro di G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*.

grandi difficoltà, sembra anzi oggi «prossimo al tetto»¹⁵. A prescindere dai nodi culturali non ancora sciolti sui quali tornerò in seguito, è certo che alla base di queste difficoltà è il fatto che la riforma dello stato, nella misura in cui si traduce in una reale dislocazione del potere verso soggetti nuovi, pone alla luce tutta la valenza di classe delle forme di mediazione istituzionale: una valenza dotata di uno spessore visibile, purché si usino strumenti critici che non pretendano di appiattare *tutto* lo stato – parlamento e apparati amministrativi, partiti e governo, «democrazia operaia» e imprese pubbliche organizzate privatisticamente – intorno ad una categorizzazione unidimensionale, indifferente ai rapporti di classe. Del resto tutta la battaglia, prima per la conquista e poi per l'attuazione di una Costituzione di tipo nuovo rispetto ai modelli liberaldemocratici, è sempre stata fortemente segnata dallo stretto intreccio tra forme dello stato e basi sociali della democrazia. La stessa «disponibilità» della forma politica costituzionale ad una trasformazione del modo di produzione è rinvenibile nella dimensione fortemente progettuale della nostra Costituzione, che si esprime tecnicamente nell'articolazione per «clausole generali»¹⁶, più che nell'esegesi testuale delle singole norme¹⁷.

Proprio l'urgenza e la gravità della crisi impongono allora di portare avanti un progetto di riforma dello stato che faccia leva sugli elementi *specifici* dell'intreccio tra politica ed economia, tra masse organizzate e stato, e sulle forme peculiari di politicizzazione della società italiana. Un progetto di questo tipo consente di porre in concreto il tema della transizione come processo che muove dall'approfondimento degli elementi di contraddizione insiti nello stato tardo-capitalistico: un processo dunque nel quale il rapporto tra democrazia e socialismo rappresenta, appunto, una delle potenzialità di sbocco della crisi.

¹⁵ Per usare l'espressione di L. BERLINGUER, *Editoriale: il problema dello Stato oggi*, in *Dem. e dir.*, 1, 1978, p. 9.

¹⁶ In questa direzione si articola l'analisi di F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978, pp. 17 ss. E cfr. E. PERNA, *Via democratica, Stato e Costituzione antifascista*, in AA.VV., *Stato e società in Italia*, Roma, 1978, pp. 17 ss.

¹⁷ Seguendo quest'ultimo metodo giungono a conclusioni diametralmente opposte, sulla compatibilità tra socialismo e Costituzione italiana, U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, e C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.

5. *Diritto diseguale e principio di legalità*

Su molte delle questioni poste oggi al centro del dibattito istituzionale della sinistra è necessario dunque, accanto alle risposte polemiche, un adeguato approfondimento. Si consideri la discussione sulla categoria di «diritto diseguale»¹⁸. Non c'è dubbio che essa richiede, quanto meno, maggiori svolgimenti. Se per «diritto diseguale» si intende il deperimento funzionale dei caratteri di astrattezza e generalità del diritto, occorre una fondazione analitica della categoria che consenta di evitare l'appiattimento del rapporto giuridico nel rapporto politico. D'altra parte, se è in questione solo una normazione che muove dal riconoscimento della diseguaglianza sostanziale dei soggetti formalmente parificati, non sembra sufficiente, per differenziarla dall'interventismo dello stato tardo-capitalistico, il diverso segno sociale degli «interessi» posti alla base della tutela.

E tuttavia va detto che questi nodi non possono essere sciolti con un ritorno all'eguaglianza formale, identificando i problemi complessi che vengono posti dalla formula del «diritto diseguale» con un'istanza di negazione o addirittura di incitamento alla violazione del diritto. In primo luogo, infatti, è la ricognizione analitica delle nuove forme della mediazione giuridica, corrispondenti alle ricordate trasformazioni funzionali e strutturali dello stato, a dimostrare che la categoria dell'eguaglianza formale non è più idonea a concettualizzare adeguatamente il nesso economia-istituzioni. È questo un dato ampiamente discusso dalla cultura sociale contemporanea, anche non marxista, e che coinvolge nella stessa misura tutte le categorie classiche del diritto moderno, nessuna delle quali conserva i suoi caratteri originali, quali definiti dal grande processo di elaborazione teorica e legislativa che si svolge tra la metà del '700 e la fine del secolo scorso¹⁹.

La categoria dell'eguaglianza formale, come non è in grado di interpretare la realtà giuridica dello stato contemporaneo, così non risulta idonea a dirigere quell'ipotesi antiburocratica di transizione, finalizzata all'autogoverno dei produttori, che è l'obiettivo strategico sempre più chiaramente definito dal movimento operaio italiano. In realtà, al di sotto

¹⁸ Cfr. A. SCHIAVONE, *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*, in *Democrazia e diritto. I compiti attuali della cultura giuridica marxista*, a cura di F. Lorenzoni e A. Schiavone, Bari, 1975, p. 11 ss.; e la critica di L. BERLINGUER, *scritto cit.*, p. 15 ss. Alcune considerazioni più ampie si sono svolte a questo proposito in C. SALVI, *Introduzione a Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978.

¹⁹ Cfr. i saggi raccolti nel volume *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit.

(o al di sopra) della questione del diritto eguale/diseguale, sembrano esservi altri nodi, che tuttavia non è possibile sciogliere spostando il discorso sul piano della accettazione/rifiuto delle «regole del gioco» democratico; che non mi pare nessuno intenda, nel dibattito teorico, mettere esplicitamente o implicitamente in discussione.

Questi nodi mi sembrano più esattamente riconducibili al rapporto tra democrazia e forma di legge, da un lato, e alla questione delle «formalità del diritto», dall'altro.

Quanto al primo punto, è ormai chiaro che un certo tipo di critica dello stato rappresentativo elaborata nel secondo dopoguerra dal marxismo teorico italiano non risulta oggi sufficiente a fondare una teoria dell'ordinamento adeguata alle funzioni di governo della classe operaia: se ne sono in precedenza accennate le ragioni, connesse, a mio avviso, soprattutto alla mancata soluzione del nodo delle forme qualitativamente specifiche della transizione. Tuttavia, questi limiti non incidono, mi sembra, su alcune acquisizioni fondamentali, e in primo luogo sulla connessione oggettiva tra impianto formale e astratto dello stato moderno e assetto economico-sociale fondato sullo scambio di equivalenti e sul lavoro astratto. Tenere ferme queste acquisizioni non comporta certo la prospettiva di una sostituzione delle regole procedurali della democrazia con la legalità «rivoluzionaria» intesa alla Vyšinskij come dominio della classe. Al contrario, la fondazione teorica di quella nozione di «legalità rivoluzionaria» è profondamente diversa, e si radica, com'è oramai noto, su una concezione dello stato come apparato neutro ed «autonomo»²⁰.

Non è allora in discussione il «principio di legalità» come espressione riassuntiva del modello di organizzazione democratica dello stato disegnato dalla Costituzione; bensì come forma ideologica, propria del pensiero liberale, o anche come categoria tecnica riassuntiva di tutta la dimensione giuridica «separata», magistralmente disegnata da Kelsen nella visione dello *Stufenbau* dell'ordinamento giuridico, e riconducibile al modello weberiano dello stato di diritto²¹. Che i due discorsi si pongano su piani

²⁰ Cfr. U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, pp. 93 ss.

²¹ Non sono naturalmente qui in discussione i singoli nodi specifici nei quali si articola positivamente il principio di legalità, come quello, particolarmente rilevante, del rapporto tra legge formale e regolamento, ma il senso complessivo del problema, del quale le stesse ricerche dei giuristi sottolineano sia la storicità [e quindi i diversi significati che via via assume nell'evoluzione dello stato moderno: cfr. S. FOIS, *La «riserva di legge»*, Milano, 1963, pp. 9 ss.], sia la «crisi» che attualmente attraversa (cfr. C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pp. 49 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 659 ss.).

differenti è dimostrato anche dal rilievo storico che, lungi dall'essere negate dai regimi autoritari, le categorie dello stato di diritto e del principio di legalità sono state le forme specifiche di organizzazione giuridica del fascismo italiano²².

Ciò posto, occorre domandarsi se il principio di legalità, nella *seconda* delle accezioni segnalate, sia categoria idonea a concettualizzare e a dirigere la *nostra* realtà istituzionale. Credo che la risposta debba essere negativa. Né il principio della divisione dei poteri, né la forma di legge generale ed astratta possono essere acriticamente assunte a modelli descrittivi del sistema istituzionale italiano, quale si è venuto storicamente formando negli anni della Repubblica, o a modello organizzatorio della riforma democratica dello stato che il movimento operaio si propone di realizzare in Italia.

Dal primo punto di vista, la forma di «stato assistenziale» costruito nei trenta anni di primato della Dc si differenzia strutturalmente dal modello liberaldemocratico: sia per effetto delle forme di mediazione e di governo, fondate sulla crisi della separatezza dello stato-apparato e sulla riunificazione corporativa dell'economia e della società; sia per effetto dei processi, di segno opposto, di politicizzazione della società e di socializzazione e moltiplicazione della forma della politica. Ancora una volta, nel «caso italiano» assumono una veste specifica tendenze più generali dello stato tardo-capitalistico e della mediazione giuridica, che non si esprime più in maniera privilegiata attraverso la forma della legge generale, astratta e «libera nel fine».

Dal secondo punto di vista, non mi pare che quelle categorie e quelle forme organizzative consentano di inquadrare un progetto di trasformazione fondato sulla socializzazione del potere e sulla tendenziale riappropriazione sociale del valore d'uso. Come si può credere di rinchiudere in esse lo stato delle autonomie, una programmazione di tipo nuovo, un rapporto originale e democraticamente strutturato tra amministrazione e politica, la questione dei rapporti con il potere giudiziario?

Punto fermo rimane, com'è evidente, l'accettazione di *questa* democrazia e di *questa* Costituzione come quadro istituzionale del processo di trasformazione. Ma si tratta di un dato che non è tale da trasformare i termini della questione, dal momento che – a parte la piena legittimità democratica dei procedimenti di revisione costituzionale che si rendessero necessari – è proprio all'interno della Costituzione che sono scritte regole

²² Cfr. L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 887 ss.; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, II, Bari, 1976, pp. 357 ss.

non riconducibili ad una lettura formalistica delle categorie giuridiche e dei principi organizzativi dello stato repubblicano.

6. *Formalità del diritto e crisi del formalismo*

Una democrazia, dunque, non racchiudibile nella forma di legge, e tuttavia ancorata alla predefinizione dei molteplici modi di formazione della volontà collettiva: è questo un nodo intorno al quale va certamente sviluppata una riflessione puntuale e approfondita, che non può evidentemente svolgersi con profitto all'interno degli schemi del kelsenismo, ponendo come postulati la formalità categoriale e la separazione/distinzione tra diritto ed economia.

La critica del formalismo come modalità borghese della politica non può essere ridotta alla demistificazione del carattere neutrale degli istituti giuridici e alla critica dell'eguaglianza formale come supporto della diseguaglianza sostanziale; né la formalità e l'astrattezza della regolazione giuridica possono essere lette come «sovrastutture» che la critica è idonea a *eliminare* dalla riflessione specialistica. Il problema non è però, da questo punto di vista, riconducibile all'alternativa tra accettazione incondizionata dell'impianto teorico formale del diritto moderno e antiformalismo riduttivo e sociologicistico. Anzi, se la prima via rimane totalmente all'interno dell'ideologia giuridica come forma borghese della politica, la seconda, che pure ha prodotto risultati rilevanti e ha svolto un'importante funzione di aggiornamento nella cultura giuridica italiana, non riesce a tradurre la crisi del formalismo specialistico nella prefigurazione teorica di forme nuove di mediazione, che esaltino gli elementi di contraddizione tra funzioni statuali ed economia privatistica, e li ricompongano in un progetto nuovo di razionalità.

Riproporre, oggi, la separatezza e la specificità dell'analisi giuridica, al di là della indiscutibile indicazione di rigore scientifico, sembra una scorciatoia non fruttuosa, perché trascura che la separazione tra diritto ed economia corrisponde a un tipo di processo di valorizzazione del capitale che non trova più rispondenza nella organizzazione reale dei rapporti economici²³. Per la stessa ragione, anche la prospettiva centrata sul mutamento di qualità della formalizzazione acquista tutto

²³ Cfr. M. BRUTTI, *Teoria e trasformazione dello Stato negli scritti di Norberto Bobbio*, in *Dem. e dir.*, 1978, pp. 35 ss.

il suo significato se riesce a collocarsi oltre l'impianto teorico del diritto moderno. La crisi dello specialismo formalistico ha profonde radici nella crisi complessiva²⁴; in essa si esprime l'*impasse* in cui versa l'ipotesi teorica, weberiana e kelseniana, diretta a sostituire al supporto ideologico delle forme giuridiche moderne, risalente al giusnaturalismo, un processo di depurazione che riconduca tali forme a tecnica «pura» per l'eliminazione delle contraddizioni, ed anzi per l'allargamento delle mediazioni dello stato tardocapitalistico. Proprio il rilievo che *questo è oggi il senso della crisi del formalismo* impone di scegliere la via di uno specialismo giuridico di tipo nuovo, non fondato né sull'antiformalismo sociologista né sul neoformalismo tecnico, ma sulla critica analitica delle funzioni e delle strutture statuali come elemento per la fondazione – e la verifica – di un progetto statale «diverso» e storicamente «visibile».

7. Ricomposizione e democrazia

Le questioni ora discusse riportano tutte al tema della ricomposizione, giustamente da noi posto al centro del dibattito istituzionale²⁵. L'estrema complessità delle funzioni statuali, l'intreccio tra mediazioni sociali dello stato e mediazioni istituzionali della società, la portata stessa della crisi impongono però la definizione di un quadro non semplice né riduttivo delle forme della ricomposizione.

Tale definizione non può non fondarsi su un'approfondita conoscenza, di tipo analitico, delle funzioni di classe degli strumenti e degli istituti giuridici, che solo uno specialismo di tipo nuovo è in grado di fornire. Se non saremo in grado di procedere in questa direzione, sarà estremamente difficile sciogliere il nodo centrale del rapporto tra partecipazione e decisione, nel quale si condensano tutti i temi della riforma dello stato. Giustamente si è contrapposto, all'ideologia socialista dei contropoteri e al neogarantismo di certe posizioni estremistiche, il nesso stretto che lega sintesi e trasformazione. Non può però trascurarsi il rilievo che la «problematicità» della ricomposizione è profondamente connessa alla complessità strutturale e funzionale dello stato tardo-capitalistico,

²⁴ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Intellettuali e potere*, in *Crit. marx.*, 6, 1977, pp. 11 ss.; Id., *Teoria marxista e Stato*, ivi, 3, 1978, pp. 3 ss.

²⁵ Cfr. L. BERLINGUER, *Democrazia ed efficienza, unità e autonomie nello sviluppo costituzionale del paese*, in *Crit. marx.*, 4-5, 1977, pp. 30 ss.; Id., *Chi ha paura della democrazia organizzata*, in *Rinascita*, 21 ottobre 1977, e in *Quale riforma*, cit., pp. 19 ss.

irriducibile a sintesi, se non, appunto, nell'ambito e come componente di un processo di trasformazione. La strategia della ricomposizione sembra anche teoricamente non pensabile se non come momento intrinseco a un processo di trasformazione, proprio perché, altrimenti, l'irriducibilità ad un unico «punto di vista» dello stato contemporaneo – che è insieme causa ed effetto della *crisi*, dominabile solo al livello reale delle contraddizioni – rischia di tradursi in una torsione autoritaria delle istituzioni, secondo quella che è indubbiamente una tendenza reale, fortemente radicata in ragioni strutturali, dello stato contemporaneo.

La strategia della ricomposizione, allora, non solo non confligge, ma anzi rafforza l'ipotesi dell'ampliamento conseguente della democrazia come passaggio necessario, già *nella crisi*, e anzi come componente stessa della trasformazione.

Solo l'ampliamento della democrazia a tutti i livelli delle decisioni politiche è in grado infatti di porsi all'altezza della contraddizione fondamentale dello stato contemporaneo, tra forma della società economica e forma della politica, tra scambio di equivalenti e formazione della volontà collettiva e di affrontare quindi la crisi di legittimazione nel suo elemento decisivo. La stessa importanza della questione dell'Esecutivo²⁶ assume, in questa prospettiva, un significato di ristrutturazione e di rafforzamento della democrazia, eliminando i rischi di sbocco in una nuova forma di rivoluzione passiva. La qualità nuova della crisi impone insomma di progettare la ricomposizione come processo diretto non a riunificare dall'alto la frammentazione sociale – lungo una via che ha come unico sbocco storicamente praticabile un decisionismo a fondazione plebiscitaria – ma a introdurre elementi successivi di riappropriazione sociale del potere di governo.

L'attenzione culturale per la democrazia e per le sedi nelle quali si esprime la sovranità popolare e si organizzano le masse non sembra allora il residuo di un periodo nel quale la sinistra era all'opposizione, ma il frutto della consapevolezza che intorno alla capacità delle istituzioni democratiche di acquisire il reale potere di controllo e di gestione delle funzioni pubbliche si gioca la qualità complessiva dello stato repubblicano.

D'altra parte, un processo di riorganizzazione del sistema economico e delle forme dell'intervento pubblico è già in atto in Italia; ed è difficile dubitare che il segno di classe di questo processo sarà definito dalla *qualità* delle istituzioni di governo. L'analisi delle innovazioni istituzionali introdotte su questo terreno dimostra l'estrema complessità e le difficoltà

²⁶ Cfr. L. BERLINGUER, *Il problema dello Stato oggi*, cit., pp. 12 ss.

concrete che incontra un progetto volto a rivendicare alle assemblee elettive i poteri di indirizzo, di programmazione e di controllo, e agli organi esecutivi che da quelle promanano i poteri di esecuzione e di gestione. Difficoltà e carenze non sembrano però da imputarsi ad un eccesso di partecipazionismo, ma ai limiti che ha finora incontrato il processo di riforma democratica dello stato come momento *contestuale* all'introduzione di elementi nuovi di governo dell'economia.

Questo non vuol dire che il problema della sintesi e della capacità di decisione del sistema politico non sia un problema centrale.

Non è naturalmente possibile sottovalutare dunque i problemi dell'amministrazione pubblica centrale: ma essi devono essere assunti, a quanto pare, non come uno spazio residuale rispetto ad un «assemblearismo» utopistico, ma alla luce di una loro ridefinizione qualitativa, che passi per il nodo del Governo come momento di raccordo tra decisione ed esecuzione. La contrapposizione non è dunque tra stato delle autonomie e stato degli apparati, lungo una linea che rischia poi di riscoprire gli stessi apparati come «autonomie» da garantire²⁷; ma tra uno stato che assegni a un «Esecutivo» centrale forte e separato il compito di unificare la molteplicità dei corpi burocratici e delle amministrazioni parallele, e uno stato articolato intorno a livelli di decisione strettamente legati alla rete delle assemblee elettive, nel quale la sintesi democratica sia assicurata dalle procedure della programmazione e dall'espansione in orizzontale del potere delle assemblee e degli organi di governo che esse esprimono²⁸. Se è vero, dunque, che la nostra riflessione sulla riforma dello stato non ha prestato finora sufficiente attenzione alla questione del governo e dell'amministrazione, è anche vero che la via della sintesi, della ricomposizione e della stessa efficienza passa sempre per la democratizzazione del potere politico, come unica strada che consenta di invertire il segno di classe del rapporto tra politica ed economia nello stato contemporaneo. Il nodo, infatti, è sempre quello della valenza sociale del processo di piano: una volta acquisito che la tendenza alla pianificazione è un connotato funzionale dello stato tardo-capitalistico – e che essa non è, *di per sé*, cioè astrattamente considerata, espressione né del «piano del capitale», né di una reale socializzazione – è evidente che sono le strutture del potere, e non solo i rapporti di forza politici, ad assumere un carattere decisivo, ed a fondare la differenza specifica tra «governo democratico» e

²⁷ Cfr. G. AMATO, *Riforma dello Stato*, cit., p. 20 sg.

²⁸ Cfr., oltre naturalmente a P. INGRAO, *Masse e potere*, Roma 1977, A. BARBERA, *Le istituzioni del pluralismo*, Bari, 1977; P. BARCELLONA, *Stato e mercato*, cit.; e F. GALGANO, *Le istituzioni*, cit.

«direzione consensuale» dell'economia²⁹, tra prevalenza della politica (del valore d'uso) e prevalenza della economia (del valore di scambio).

Il nostro progetto incontra oggi profonde e serie difficoltà: le trasformazioni del sistema politico-istituzionale italiano negli ultimi anni si presentano con un segno complesso e difficile da decifrare compiutamente, non certo tale comunque da poterle ritenere tutte congrue a un'ipotesi di ricomposizione fondata sulla socializzazione del potere. Non mi pare tuttavia che quelle difficoltà debbano indurre ad abbandonare questa ipotesi: l'unica alternativa prospettabile, infatti, è quella di una infelice simbiosi tra una teoria alta quanto vuota della «Politica», e il pragmatismo delle decisioni politiche di breve periodo.

Va piuttosto confermata la irriducibilità della ricomposizione esclusivamente alle forme e alle tecniche dello stato burocratico-rappresentativo. La torsione che la forma di legge ha subito nella costruzione dello stato assistenziale ha assunto un carattere definitivo, e la riproposizione del nesso legge generale-amministrazione particolare nel governo dell'economia è l'esatto *pendant* dell'ipotesi neoliberalistica, operante non solo in Italia, che alla critica dello stato assistenziale accompagna, in positivo, l'ipotesi di una nuova centralità dell'impresa, nella quale la generalità e l'astrattezza della norma di legge consentano alla «discrezionalità» amministrativa di ricostruire un rapporto privilegiato tra accumulazione pubblica e valorizzazione del capitale.

L'avvio della fase nuova della programmazione si esprime invece secondo modalità completamente differenti, caratterizzate dalla presenza di una serie di atti «prescrittivi» che hanno una qualità giuridica profondamente differente, e per i quali il rapporto di qualità politica non risponde a quello disegnato dal sistema gerarchico delle fonti³⁰. Negli stessi atti che assumono la forma della legge statale, la norma generale non definisce l'interesse pubblico tutelato, ma si limita a stabilire le regole procedurali attraverso le quali i soggetti politico-istituzionali e sociali intervengono concorrendo a formare le decisioni di governo. La mediazione legislativa si limita a organizzare il procedimento decisionale: nel quale il Parlamento ritorna poi come soggetto del procedimento e non più come legislatore. Le stesse categorie giusprivatistiche richiedono allora una revisione idonea a concettualizzare sia l'ambito dell'autonomia decisionale dei detentori dei mezzi di produzione sia la riappropriazione

²⁹ Secondo la distinzione efficacemente sottolineata da G. AMATO, *Democrazia industriale: gli equivoci della via italiana*, in *Mondoperaio*, 5, 1978.

³⁰ Cfr. le osservazioni in proposito di M. BRUTTI, *Teoria e trasformazione dello Stato*, cit., pp. 56 ss.

da parte di gruppi o singoli del potere di autodeterminarsi non nell'ambito angusto dello scambio astratto, ma in quello della soddisfazione di interessi e bisogni fondamentali, sia i rapporti reciproci tra i due livelli³¹.

8. *La questione del garantismo*

La questione del «garantismo» appare così molto più complessa di come talvolta venga presentata.

Non mi pare infatti che abbia molto senso la contrapposizione tra difesa dei diritti di libertà e istanza di ricomposizione, qual è emersa nel recente dibattito istituzionale. Quell'istanza riguarda essenzialmente il nodo governo-programmazione, e implica nuovi modi di formazione della volontà collettiva; non coinvolge le «garanzie» tradizionali – per intendersi, quelle previste negli articoli da 13 a 27 della Costituzione –, la difesa delle quali è un punto fermo. Naturalmente, è possibile valutare in modi diversi le tendenze legislative degli ultimi anni, soprattutto in materia di ordine pubblico, nel loro rapporto con quelle garanzie³². È difficile però sfuggire all'impressione che nella polemica sul garantismo si esprimano in realtà concezioni diverse delle forme di organizzazione politica della società, e dunque progetti istituzionali differenti. Lo stesso termine «garantismo» appare polisenso, e richiederebbe comunque una scomposizione analitica. Il vero dissenso non verte sulla difesa delle garanzie costituzionali, ma su altri punti: il nesso tra tale difesa e la struttura dei rapporti di produzione³³; il modo di intendere la «sovranità popolare», e quindi l'organizzazione del sistema politico-istituzionale e soprattutto il ruolo in essa dei partiti; le categorie idonee a rappresentare e dirigere la realtà istituzionale.

Quando si afferma di ritenere inadeguato il «garantismo liberale» si fa,

³¹ Cfr. i saggi raccolti nel cit. volume su *Categorie giuridiche e rapporti sociali*.

³² Mi pare da condividere la lettura di D. PULITANÒ, *La funzione coercitiva: garanzie giuridiche e democratizzazione degli apparati*, in *Dem. e dir.*, 1978, pp. 139 ss.

³³ È significativo che sulle pagine di *Mondoperaio* venga riproposta una lettura di questo nesso fondata su uno stretto rapporto tra mercato e democrazia, tra «pluralismo economico» e pluralismo politico e sociale, che è cosa diversa dalla considerazione del ruolo delle imprese in un'economia governata socialmente. Cfr., rispettivamente, L. PELLICANI, *Socialismo ed economia di mercato*, in *Mondoperaio*, 6, 1977; F. FORTE, *Per una economia di mercato «corretta»*, *ivi*, 11, 1977; A. LANDOLFI, *L'equivoco del mercato socialista*, *ivi*; L. INFANTINO, *Mercato socialista e autogestione*, *ivi*, 6, 1978; e L. BERLINGUER, F. GALGANO, G. LUPORINI, S. MERLINI, G. NAPOLITANO, C. SALVI, dibattito su *Gestione dell'economia e pluralismo sociale*, in *Dem. e dir.*, 1976, pp. 303 ss.

appunto, riferimento a tali questioni, e non si pone in discussione né la difesa delle garanzie «formali» – che non può non esprimersi nelle classiche forme dello stato democratico moderno – né il principio rappresentativo. Il punto è un altro: sia l'analisi degli «elementi di programmazione» che cominciano a essere introdotti nell'ordinamento italiano, sia soprattutto una progettazione di più ampio respiro, dimostrano, come si è osservato, che la formalizzazione e la stessa finalizzazione di una volontà collettiva capace di governare il processo produttivo si collocano ormai in un campo di leggibilità che non è più quello delle categorie formali tradizionali e del metodo giuspositivistico. È *su questo terreno*, e non su quello dei rapporti civili e dei diritti di libertà³⁴, che la crisi del principio di legalità mostra di contenere una potenzialità emancipatoria rispetto ai classici schemi dello stato di diritto: e postula al tempo stesso la definizione delle nuove «regole del gioco»³⁵ che già cominciano a emergere.

Il rifiuto sia dello statalismo amministrativistico, sia di politiche statuali volte alla mera mediazione della composizione di classe della società³⁶, richiede la definizione delle forme di coordinamento tra le diverse sfere di autonomia, individuali e collettive, e le diverse sfere di eteronomia, centrali e decentrate. Solo per tale via il principio democratico-rappresentativo può essere esteso all'interno del mondo della produzione³⁷, e può quindi porsi come forma del governo dello stesso meccanismo di valorizzazione, e come elemento di un progetto politico-razionale che guidi la crisi verso uno dei poli della contraddizione dello stato contemporaneo. È difficile sopravvalutare la complessità di un progetto di questo tipo, e gli elementi di contraddizione che anch'esso reca con sé: è questo il terreno oggi aperto alla capacità di riforma e di analisi, e quindi di governo, del movimento operaio; ed è questo il terreno su cui si misura tutta la portata dirompente dell'idea del valore universale della democrazia, che fa leva sulla contraddizione esistente tra il principio democratico, come fondamento di legittimazione dello stato contemporaneo, e l'articolazione effettiva delle strutture e delle funzioni istituzionali nel «capitalismo organizzato».

³⁴ Nella mancata considerazione di questa distinzione mi sembra il limite maggiore dell'analisi che alla crisi del principio di legalità dedica L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, cit., pp. 209 ss.

³⁵ Come ci chiede ancora di recente N. BOBBIO, *Discutendo con Althusser. La crisi è dei marxisti, che si ostinano a cercare una teoria marxista dello stato*, in *Il manifesto*, 30 maggio 1978.

³⁶ Cfr. su questo punto G. VACCA, *Quale democrazia? Problemi della democrazia di transizione*, Bari, 1977, pp. 59 ss.

³⁷ Cfr. P. INGRAO, *Masse e potere*, cit., pp. 9 ss., pp. 369 ss.

La riforma dello stato non può allora limitarsi alla pur necessaria revisione degli apparati pubblici e delle sedi istituzionali; ma è destinata a coinvolgere l'intero sistema politico, e a divenire quindi essa stessa elemento dell'azione politica, oltre che della produzione legislativa. Viene così in questione il tema centrale del ruolo e della struttura dei partiti politici: sul quale, a quanto giustamente sottolineato da Antonio Baldassarre³⁸, mi pare di dover aggiungere solo che il rischio più profondo insito nelle tendenze in atto – da un lato, di sostituzione con sedi verticistiche e ristrette delle sedi istituzionali di decisione, dall'altro, di crisi di legittimazione sociale dei partiti – non è tanto negli ipotizzati sbocchi autoritari, quanto nella concreta prevalenza delle forme corporative su quelle politiche di organizzazione della società, secondo quello che è un elemento tipico di funzionamento delle «democrazie occidentali».

9. *Considerazioni finali*

Le questioni poste dal dibattito sul garantismo hanno dunque, al di là delle forzature, uno spessore reale. La loro soluzione richiede anche che si proceda sul terreno dell'analisi e della concettualizzazione delle funzioni e delle strutture dello stato contemporaneo, e della più piena ricognizione dei modi d'essere dei rapporti di potere in Italia.

In questa direzione è possibile far avanzare quella storicizzazione delle forme del potere che consenta di porre in modo nuovo il rapporto tra specialismo e politica³⁹, e che richieda la capacità di saldare analisi e progetto (la «terza via»). Vi sono molteplici segni che spingono a pensare che anche per la cultura giuridica è questo un nodo sempre più attuale. Indubbiamente la questione centrale è nel passaggio, tecnico e politico, da una cultura di opposizione a una cultura di governo, che pone in questione non più l'ideologia, ma lo specialismo come tessuto connettivo del rapporto tra intellettuali e classe⁴⁰. L'approfondimento dell'autonomia teorica della cultura giuridica del movimento operaio, fondata proprio sulla autonomia del progetto statale della classe e quindi articolata nella

³⁸ Cfr. A. BALDASSARRE, *Un sistema che si fonda sui partiti di massa*, cit.; e ID., *Perché rinasce il mito presidenziale?*, in *Rinascita*, 28 luglio 1978.

³⁹ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Intellettuali e potere*, cit., pp. 27 ss.

⁴⁰ Cfr. A. ASOR ROSA, «Verifichiamo i nostri schemi di lavoro», in «Rinascita», 9 giugno 1978; e, sulla stessa linea, S. RODOTÀ, «Tra Marx e Proudhon c'è anche Andreotti», in «La Repubblica», 30 agosto 1978.

costruzione di uno specialismo di tipo nuovo, può rappresentare tuttavia una delle strade per il superamento dei momenti indiscutibili di difficoltà e di tensione, che presenta oggi il rapporto tra compiti di governo del movimento operaio e giuristi progressisti.

*I compiti attuali della cultura giuridica e marxista. Intervento**

Tra le esigenze reali che sono alla base dei tentativi di riformulazione dei tradizionali metodi di approccio all'analisi degli istituti giuridici, va posta in primo piano la particolare urgenza, nella fase attualmente attraversata dalla società italiana, dei problemi della crisi dello Stato e della degenerazione delle strutture istituzionali. La necessità di porre in essere quella reale trasformazione democratica dello Stato imposta dalla Costituzione, e di elaborare a tal fine anche proposte giuridiche nuove, è indilazionabile, per il continuo imbattersi del movimento popolare in ostacoli istituzionali, e richiede la massima consapevolezza delle articolazioni del potere e dei suoi momenti di mediazione giuridica. Né d'altra parte è possibile sfuggire altrimenti ai pericoli che comporta il processo in atto di degenerazione delle strutture dello Stato rappresentativo, che accentua il carattere delegato del potere, e la scissione tra sovranità statale e volontà popolare.

Un tema che si colloca in questa prospettiva – anche se non sempre ne è avvertita tutta la portata – è quello della funzione e del ruolo della Corte costituzionale.

Non a caso, dopo un periodo caratterizzato dall'assenza di analisi non meramente giuridico-formali, sono state recentemente pubblicate ricerche imposte su basi storiche e politologiche (cfr. N. TRANFAGLIA, in *Dallo stato liberale al regime fascista*, Milano, 1973, pp. 185 ss.; A. MASSERA, in *Riv. ital. Sc. pol.*, 1971, pp. 931 ss.; ID. in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1972, pp. 934 ss.). È probabilmente in atto l'avvio di una tendenza ad inserire lo studio della Corte costituzionale nel suo reale contesto sociale ed istituzionale, nella consapevolezza del ruolo sempre più importante che essa viene assumendo nell'articolazione del potere in Italia. Non è quindi forse inutile svolgere in proposito qualche considerazione di contenuto e di metodo, nella prospettiva di un programma di ricerca concreto.

Una prima considerazione 'contenutistica' parrebbe attribuire alla Corte la difesa delle ragioni dell'individuo, attraverso gli strumenti del garantismo liberale, sia nel campo dei rapporti politici e civili, che in quello dei rapporti economici. È però necessario, naturalmente, non fermarsi a questa primissima generalizzazione, e chiedersi quali posizioni e quali interessi oggettivi, a livello di società civile, abbiano ricevuto effettivamente tutela ad opera della giurisprudenza costituzionale. (D'altra

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1975, pp. 177-185.

parte, che essa, lungi dall'essere un istituto neutrale, possa svolgere un ruolo caratterizzante all'interno dell'apparato dello Stato capitalistico, risulta già da una sommaria comparazione con le esperienze costituzionali di altri paesi, che dimostrano – dalla Repubblica di Weimar alla America del New Deal – come, nel momento in cui lo scontro di classe tende ad investire i rapporti di potere tra le classi, le corti supreme abbiano sempre assunto un ruolo di difesa delle posizioni di privilegio colpite, incidendo profondamente sui termini del conflitto).

Già da un'analisi appena più approfondita delle sentenze e delle motivazioni relative ai rapporti economici risultano con chiarezza due dati: anzitutto, che la Corte ha assunto poteri sempre più ampi di controllo sul merito dell'attività legislativa; in secondo luogo, che lo ha fatto estendendo sempre più la difesa di certe posizioni di interesse patrimoniale, e soprattutto della rendita urbana ed agraria, utilizzando a tal fine come parametro del giudizio, più che le norme costituzionali in materia, una ideologia del diritto privato ancorata ad una visione atomistica della società civile. In tal modo, la Corte costituzionale ha dichiarato sempre più spesso la illegittimità di norme della Repubblica di contenuto riformatore, approvate talvolta da vasti schieramenti comprendenti tutte le forze democratiche, anziché di norme autoritarie di origine fascista.

Contestualmente all'ampliamento dell'ambito del potere di annullamento, si è verificato un processo di sempre maggiore consapevolezza, da parte della Corte, del proprio potere sostanzialmente politico. Non a caso è intorno al 1968 che si è avuta quella che è stata definita la svolta politica della Corte costituzionale: nel momento cioè in cui lo scontro di classe metteva in discussione il potere reale di determinati settori della borghesia, senza però che il movimento riuscisse a trovare uno sbocco politico unificante a livello istituzionale. A partire da quella data, si è verificata una sempre crescente affermazione, anche all'esterno, di potere politico, che ha trovato espressione nelle frequenti dichiarazioni dei presidenti della Corte. Dopo Sandulli, che ha utilizzato più volte il potere di esternazione per rassicurare sull'assenza di un indirizzo politico della Corte e sul carattere tecnico delle sue decisioni (ma, al tempo stesso, su una loro presunta funzione sociale progressiva), Branca ha invece ammesso e quasi demistificato il ruolo politico della Corte, senza però ancorarlo ad un preciso progetto istituzionale.

La tendenza sembra aver raggiunto un punto significativo di maturazione con la presidenza attuale, che pare diretta a porre con chiarezza la Corte come supremo organo dello Stato. In questo quadro

si iscrivono anche le pubbliche prese di posizione di Bonifacio in senso antifascista, che indubbiamente si ricollegano all'indirizzo riformatore sotto il profilo delle libertà civili che la Corte costituzionale ha spesso seguito, e la cui importanza, naturalmente, non può essere disconosciuta.

È necessario però considerare con attenzione una proposta avanzata da Bonifacio, passata abbastanza inosservata, tendente a consentire che, su richiesta di un gruppo parlamentare, possa essere sospesa l'efficacia di una legge approvata dal Parlamento, in attesa della sentenza di costituzionalità della Corte, da emettersi entro un breve termine. Questa proposta sembra dimostrare la piena consapevolezza, e l'assunzione in prima persona, della tendenza a porre la Corte come supremo organo decisionale della Repubblica, strumento «di chiusura» del sistema. È una tendenza evidentemente estranea al sistema costituzionale, che, com'è noto, attribuisce alla Corte costituzionale unicamente la funzione di controllo di legittimità, e non un potere di controllo sostanziale delle decisioni del legislatore.

Una constatazione di questo genere non è certo, di per sé, appagante. Quel che manca, nel lavoro dei giuristi su questa materia, è un'indagine che espliciti le ragioni del progressivo snaturamento delle funzioni della Corte costituzionale, e che sia quindi non confinata sul piano del tecnicismo o di un astratto sociologismo, ma diretta ad analizzare le decisioni e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nel contesto dello scontro sociale e dei rapporti fra le forze politiche, nello sviluppo storico della società italiana.

Potrebbe così essere valutata quella che sembra attualmente la più valida ipotesi di lavoro, esaminando la tendenza della Corte a divenire la portatrice autonoma di determinati interessi, collegati a posizioni di rendita urbana ed agraria, che non riescono più a trovare espressione attraverso gli organi di sovranità popolare, perché emarginati dalla prospettiva di un nuovo tipo di sviluppo volto a comprimere proprio quelle posizioni di rendita. Si è detto, del resto, che non a caso questa linea di tendenza si è affermata e precisata con il centro-sinistra, e soprattutto a partire dal 1968.

La verifica di questa ipotesi andrebbe condotta mediante un esame, in primo luogo, dei contenuti e delle tecniche stesse delle decisioni, che, come premessa maggiore del giudizio, tendono sempre più a porre affermazioni tratte deduttivamente da un *corpus* giurisprudenziale frutto di una elaborazione oramai quasi ventennale, piuttosto che direttamente dalle norme costituzionali (e le più recenti sentenze in tema, ad esempio,

di garanzia della proprietà o di legislazione regionale incidente su rapporti privati, dimostrano come questa tecnica decisionale possa condurre a pronunciati nei quali finisce quasi per mancare il fatto stesso del raffronto formale con precise norme costituzionali, sostituito dalle conclusioni che si traggono da certe premesse di ideologia del diritto). Ne deriva un procedere apodittico della motivazione, che rende difficile – e per la riprova è sufficiente una lettura delle ultime annate delle riviste di giurisprudenza – il tradizionale «controllo» della dottrina condotto con il consueto strumento della nota a sentenza.

L'indagine sulla ideologia e sulla tecnica della giurisprudenza costituzionale dovrebbe poi essere collegata – per coglierne appieno il significato, in ipotesi, di proiezione a livello di potere sostanzialmente normativo di determinati interessi particolari – con l'inquadramento nel contesto politico, e quindi economico e sociale, delle decisioni relative ai singoli settori, nel momento storico specifico nel quale sono state pronunciate.

La rilevanza politica del problema della Corte costituzionale, oggi che si va verso una proposta diretta a realizzare una trasformazione in senso democratico della società attraverso un incontro tra le componenti popolari del paese, è quindi evidente, dal momento che occorre evitare che la Corte si ponga come sede stabile di quegli interessi e di quei ceti che sarebbero estranei ad un accordo storico del genere. Il consolidamento delle tendenze giurisprudenziali attuali, infatti, comporterebbe la impossibilità di gran parte delle riforme di struttura: basti pensare alle materie dell'agricoltura o dell'urbanistica.

Trova così conferma nella prassi istituzionale l'atteggiamento di cautela e di preoccupazione col quale nell'Assemblea costituente il partito comunista guardava alla istituzione della Corte costituzionale, della quale si coglieva giustamente il significato di precostituzione di uno strumento di controllo e di freno alle scelte di rinnovamento e di intervento sulle strutture economiche e sociali che il Parlamento sarebbe stato chiamato a compiere, in attuazione del programma costituzionale.

Si comprendono altresì le ragioni che hanno fatto sì che dalla «classe di governo» non sia mai venuta una risposta puntuale alle sentenze della Corte con le quali in maniera più rilevante si è contraddetto il sistema costituzionale, sia sotto il profilo della sottrazione al Parlamento della valutazione di merito in ordine alla soluzione di una serie di conflitti di interesse, che pure viene dalla Costituzione rimessa al legislatore, sia relativamente all'enunciazione di principi, attinenti soprattutto ai rapporti economici e sociali, non rispondenti al programma costituzionale. Questa

risposta è stata affidata unicamente alla opposizione, mentre sarebbe stata compito precipuo della maggioranza (in Parlamento) e del Governo.

Ad un discorso centrato sul ruolo della Corte costituzionale va collegata, in definitiva, una duplice prospettiva.

In primo luogo, occorre tornare sulla disciplina costituzionale dei rapporti economici, rifiutando però il prevalente ricorso a strumenti giuridico-formali. Questi, infatti, non possono non evidenziare i presupposti culturali e tecnici dai quali muovono, che si esprimono nelle categorie del diritto soggettivo e dell'eguaglianza formale, finendo così per privilegiare il momento garantistico e per darne un'indebita generalizzazione, rispetto ai contenuti innovativi del dettato costituzionale.

Mentre si deve invece attribuire rilievo determinante alla considerazione del momento storico peculiare in cui ebbe luogo l'elaborazione di quella normativa, e tornare quindi sul significato e sul contenuto dell'accordo tra le forze politiche e sociali – rotto poi, ma quando i termini essenziali della Costituzione erano già fissati, con la svolta conservatrice del maggio 1947 –, del quale proprio la disciplina dei rapporti economici e sociali è momento non secondario. Si potrà così cogliere il vero senso di una scelta che si focalizza, da un lato, nella istituzionalizzazione del conflitto tra potere economico privato e utilità sociale, e, dall'altro, nell'attribuzione al futuro Parlamento del compito di risolvere nella concreta disciplina settoriale il conflitto, dando la prevalenza agli interessi della collettività. Riserva di legge e utilità sociale appariranno così i fulcri ispiratori della disciplina, che lascia al giudizio di legittimità margini molto minori di quelli utilizzati oggi dalla Corte.

Inoltre, non si può rinviare la predisposizione di strumenti giuridici che consentano di porre a livello istituzionale il problema politico della Corte costituzionale. Si può, ad esempio, già approfondire un istituto, previsto dai regolamenti parlamentari, e finora scarsamente utilizzato. Si tratta dell'esame delle sentenze costituzionali ad opera delle commissioni competenti per materia, le quali possono adottare una risoluzione quando ravvisino «l'opportunità che il Governo assuma particolari iniziative in relazione ai pronunciati della Corte». Correlativamente, in una prospettiva non limitata alla critica di singole decisioni, va esaminata la recente iniziativa legislativa di parte socialista, diretta a modificare il procedimento di nomina dei giudici; né è da escludere una revisione dello stesso *status* di giudice costituzionale, mediante, ad esempio, l'introduzione di forme di responsabilità nei confronti degli organi che sono diretta espressione della sovranità popolare.

Naturalmente, la questione di fondo è ancora a monte. In tanto la

Corte costituzionale ha acquistato un ruolo politico ed istituzionale che non le compete, e continua ad accrescerne l'ambito, in quanto in tal modo occupa uno spazio che è vuoto, per la mancanza di una volontà generale univoca che serva da quadro di riferimento per finalizzare l'attività normativa a determinate priorità economiche e sociali. La Corte, cioè, non rappresenta che uno dei più rilevanti tra i molti elementi che concorrono a creare un quadro istituzionale caratterizzato da una profonda disarticolazione tra i centri di produzione del diritto.

Il superamento della discrasia tra le funzioni assunte dalla Corte costituzionale ed il sistema voluto dalla Costituzione richiede, in altri termini, la capacità delle assemblee elettive di esprimere un disegno politico organico che consenta al pluralismo istituzionale di riunificarsi in un progetto generale di riforma (e quindi la fine della *conventio ad excludendum* diretta ad impedire l'accesso alla direzione politica dell'intero movimento operaio).

Da tutti questi fattori non sembra poter prescindere un'indagine che scelga la Corte costituzionale come il punto prospettico dal quale rileggere la storia istituzionale di questi anni. L'analisi approfondita dei contenuti e delle tecniche delle decisioni, l'ideologia del diritto e gli interessi concreti che ne sono alla base, lo spazio lasciato alla Corte dalla disarticolazione del quadro normativo e dall'assenza di una volontà politica di sostegno di scelte qualificanti, il ritorno ad alcuni punti fermi in tema di disciplina costituzionale dei rapporti economici – e quindi alle vicende del 1945-47 – sono elementi che devono concorrere a caratterizzare una tematica ed un tipo di lavoro che vogliano essere utili in una prospettiva di riforma delle istituzioni.

Ciò richiede un impegno particolarmente incisivo, che sia insieme culturalmente ricco e ancorato ad una proposta generale, e nello stesso tempo sia legato alle esigenze «istituzionali» del movimento popolare ed allo stato effettivo del suo progetto egemonico.

*Equità e rapporti di produzione**

SOMMARIO: 1. Un recente convegno sull'equità – 2. L'equità come categoria storica – 3. Equità di mercato ed equi rapporti sociali – 4. Pluralità dei centri di produzione del diritto e ruolo delle assemblee elettive – 5. Uno statuto materiale dell'equità.

1. Un recente convegno sull'equità

Il Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale ha dedicato quest'anno il suo Convegno di studi – svoltosi a Lecce nei primi giorni di novembre – all'equità. La scelta del tema ha indubbiamente un significato di politica del diritto non trascurabile, dal momento che è stata esplicitamente collegata alle critiche, sempre più frequenti, al «superlavoro» del legislatore ed alla moltiplicazione delle fonti normative, ed alle conseguenti proposte, avanzate da più parti e con diversi intendimenti, di un richiamo all'equità come limite intrinseco alla normazione, o come formula di integrazione di una legislazione lacunosa, o come temperamento della norma tecnicamente infelice, o, infine, come diversa tecnica legislativa, imperniata su clausole generali.

Le osservazioni che seguono non si propongono una valutazione completa dei contenuti emersi dal dibattito, ma di utilizzarne gli stimoli per qualche riflessione sul tema prescelto, che si concretizzava, in definitiva, in una proposta di ampliamento dei poteri del giudice.

La prima impressione suscitata dal Convegno è stata di una molteplicità di linguaggi che spesso non riuscivano a trovare punti di incontro: riflesso della pluralità di formazione dei partecipanti e degli interessi divergenti di teorici e pratici del diritto, ma soprattutto dell'esistenza di modi ormai profondamente diversi di riflettere sul diritto e delle diverse vie che la cultura giuridica tenta di fronte ad una realtà che sfugge alle concettualizzazioni tradizionali e richiede concrete risposte operative e radicali revisioni di schemi non più idonei ad esprimere i mutamenti intervenuti a livello strutturale ed istituzionale.

Le stesse relazioni – svolte da V. Frosini (relazione introduttiva), G. Broggin (aspetti storici e comparativistici), S. Rodotà (aspetti civilistici e costituzionali), C. Giannattasio (l'esperienza giurisprudenziale), F. Merusi (aspetti amministrativistici), U. Romagnoli (l'equità nei conflitti di lavoro)

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1973, pp. 237-247.

– hanno espresso non solo contenuti, ma anche interessi, metodologie ed in definitiva oggetti divergenti. Ha contribuito indubbiamente a determinare questa situazione anche la polivalenza semantica, già sotto il profilo tecnico-giuridico, del termine equità. Esso è stato ad esempio ricondotto, dalla relazione Giannattasio, all'ambito delineato dalle norme del Codice civile, che pare il meno significativo, perché oltre tutto particolarmente inidoneo ad esprimere realtà differenti da controversie sulla circolazione dei beni interne alla piccola e media borghesia. Ma, oltre al giudizio di equità previsto dall'art. 114 c.p.c. ed all'integrazione da parte del giudice del contenuto del contratto, subordinatamente alla disciplina dettata dalla legge e dall'autonomia privata (cfr. articolo 1374 c.c.), l'equità può significare, come nell'art. 44 cost., l'istanza – ben diversa – della determinazione della regola del rapporto sulla base di considerazioni di ordine sociale; oppure, in generale, il problema di una regolazione giuridica concreta, perché attenta alle particolarità di ciascun rapporto, e che pertanto difficilmente potrebbe esplicitarsi mediante norme generali ed astratte.

Questi ed altri profili sono stati oggetto di dibattito, con una rilevante diversificazione, come si è detto, di interessi, impostazioni e linguaggi. È forse inopportuno, tuttavia, sceglierne ed approfondirne uno solo, non solamente perché si riconducono tutti a realtà bene o male viventi ed operanti nella cultura e nella prassi del diritto, ma anche perché non è forse impossibile cogliere un elemento unificatore del discorso, che vada al di là della tematica, spesso fuorviante, del rapporto tra il giudice e la legge. Ciò presuppone un inizio di riflessione sulle cause ed il vero significato di quella che viene definita ormai da decenni «crisi del diritto», e la verifica dell'ipotesi per la quale la riproposizione del tema dell'equità rappresenta il tentativo di elaborare uno strumento idoneo a superare determinate contraddizioni sociali ed a mediare conflitti aventi rilevanza generale, e non più meramente privatistica, ad un livello più adeguato alle strutture attuali del capitalismo italiano.

In questa prospettiva, alcuni dei contenuti apparentemente eterogenei discussi con maggiore o minore approfondimento possono essere ricondotti ad una visione unitaria. Il riferimento è alla difficile collocazione dell'equità nella teoria generale del diritto; alla contrapposizione tra la funzione dell'equità nel Codice civile e la sua rilevanza costituzionale, che si colloca nella prospettiva dell'instaurazione di «più equi rapporti sociali»; al rapporto tra la pluralità dei centri di formazione del diritto ed il principio della sovranità popolare, sul quale non sono mancate le discussioni ed

anche gli equivoci, e che costituisce indubbiamente l'aspetto con cui si presenta attualmente il tema tradizionale della certezza del diritto.

Si potranno così verificare la pluralità di significati e le valenze politiche dell'equità, e, tenendone conto, la possibilità di fondarne – sulla base della Costituzione – uno statuto che sia oggettivo perché ancorato ai rapporti materiali di produzione.

2. *L'equità come categoria storica*

Sul tema della collocazione dell'equità nel quadro della teoria generale del diritto, la relazione introduttiva di V. Frosini non è uscita, in definitiva, dalla tradizionale alternativa tra equità come principio etico o come principio logico, che si suole ricondurre ai nomi di Max Rümelin e di Hans Kelsen, rispettivamente¹. L'alternativa, evidentemente, non soddisfa, perché, al di là delle critiche che possono essere mosse alle singole elaborazioni, l'una e l'altra impostazione rinunciano ad ogni chiarimento sul significato storico specifico dell'equità come criterio giuridico di regolazione dei rapporti diverso da quello basato sulla legge generale, perché operante in base al principio di differenza invece che a quello di identità. Inoltre, entrambi i termini dell'alternativa tradizionale eliminano ogni possibilità di fondare uno statuto oggettivo e non metafisico dell'equità, cioè di fornire indicazioni sul contenuto materiale che l'equità, come forma di regolazione che tenga conto delle particolarità del caso regolato, deve possedere.

L'unica via per uscire dall'*impasse* costituita dalla difficoltà di collocare adeguatamente l'equità nel quadro della teoria generale del diritto sembra sia quella di esplicitare proprio questa difficoltà, e di esplicitarla nell'unico modo possibile, cioè storicamente.

Per l'equità emerge insomma con particolare evidenza il carattere lacunoso e non scientifico di una teoria del diritto costruita esclusivamente con elementi dogmatici, e la necessità di considerare l'equità nel diritto moderno, allo stesso modo delle altre categorie giuridiche, una categoria non etica né logica, ma storico-sociale. Ciò presupporrebbe però non un generico storicismo, ma una valutazione della rispondenza dell'istituto

¹ *Die Billigkeit im Recht* di Rümelin è del 1921; il saggio di Kelsen su *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, apparso nel 1928, è stato tradotto in italiano in appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952.

a determinati rapporti economico-sociali, nel quadro di un tipo storico determinato di società, cioè della società civile nata con la moderna borghesia.

Non sono naturalmente possibili che pochi cenni su una prospettiva di questo genere. Non si può tuttavia trascurare l'ipotesi di lavoro che il giurista e politologo tedesco Franz Neumann, in un saggio del 1937 sui mutamenti della funzione della legge nella società borghese, aveva delineato sul tema dell'equità².

Le ragioni di crisi del diritto in forma di legge generale ed astratta risiedono per Neumann nella crisi della società di cui quel diritto era l'espressione sovrastrutturale, cioè la società del capitalismo concorrenziale, che rimetteva alla legge unicamente il compito negativo di tutelare lo svolgimento della libertà economica mediante norme generali, mentre la struttura dei rapporti di produzione era mediata giuridicamente dall'autonomia privata, attraverso lo strumento del contratto.

L'evoluzione verso forme di capitalismo monopolistico di stato comporta, da un lato, la necessità di intervenire positivamente sulle strutture sociali, con interventi necessariamente specifici e diseguali sulle diverse situazioni concrete; dall'altro, lo svuotamento di ogni contenuto sostanziale della libertà contrattuale, per la sempre maggiore diseguaglianza di fatto esistente tra il produttore monopolistico ed i soggetti con i quali entra in rapporti di scambio (produttori minori, lavoratori, consumatori). A ciò si aggiunga che il monopolista non ha più bisogno, come l'imprenditore concorrenziale, della certezza del diritto intesa come prevedibilità delle decisioni giudiziali, perché il suo enorme potere di fatto gli consente di costruire da sé la prevedibilità e razionalità del proprio sviluppo, che verrebbe anzi ad essere ostacolato da una razionalità «esterna», come quella rappresentata da una legge generale ed astratta. La garanzia che il monopolista chiede all'ordinamento giuridico non è quindi più quella dell'eguaglianza formale davanti alla legge, ma l'altra della conservazione dell'istituto della proprietà privata dei mezzi di produzione.

Allo svuotamento della tecnica legislativa tradizionale concorre inoltre la perdita del monopolio borghese nella formazione della legge, in conseguenza della partecipazione delle classi prive della proprietà privata dei mezzi di produzione al parlamento, e quindi la possibilità di utilizzare la legislazione non più solo come strumento di conservazione, ma altresì di trasformazione delle strutture sociali. Per le vie dell'ampliamento dei

² Ora tradotto in F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, 245 ss.

poteri del giudice passa quindi anche la reazione della borghesia o di determinati settori di essa al venir meno del suo controllo assoluto sulla legislazione. Di questa reazione sono espressione le ideologie giuridiche che sulla fine dell'800 si indirizzano verso una rivalutazione del ruolo della giurisdizione, quando non verso forme di vero e proprio giusnaturalismo³.

Questo complesso di fattori fa sì che alla legislazione generale ed astratta si tenda a sostituire una legislazione per principi, oppure l'uso sempre più frequente e consapevole da parte dei giudici di clausole generali, delle quali l'equità appare ad un tempo la più espressiva e la formula riassuntiva⁴.

Neumann propone, a conclusione del suo studio, la rivalutazione della razionalità propria della legislazione per norme generali ed astratte. In tal modo però egli innesta, come spesso avviene negli studiosi della sua formazione, una rivendicazione antistorica su un ragionamento intessuto di storicità. Se la riproposizione dell'equità è espressione della crisi di un tipo storico di società nella sua sovrastruttura giuridica, che senso può infatti avere il richiamarsi proprio ai modelli originali che a quella crisi hanno condotto?

D'altronde, che il tema dell'equità introduca un elemento potenziale di crisi nella struttura logica del diritto moderno può essere confermato ricordando come sia Kant che Hegel fossero pienamente convinti della estraneità dell'equità al diritto formale del quale andavano ponendo le basi filosofiche. Kant svolge una serrata critica allo *ius aequivocum* dell'equità, «divinità muta che non può essere udita»; Hegel si mostra consapevole del fatto che «l'equità costituisce una deroga che si fa al diritto formale ... e si riferisce per prima cosa al contenuto della contesa giuridica»⁵.

³ Cfr. le osservazioni di P.I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Torino, 1967, pp. 200 ss., sulla giurisprudenza degli interessi di Jhering come ideologia giuridica del capitalismo monopolistico. Ma cfr. anche, ad es., la introduzione di Bobbio a H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, Torino, 1962; L. BAGOLINI, *Il metodo di Leon Duguit*, ora in *Visioni della giustizia e senso comune*, Bologna, 1968; e L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

⁴ Chiarissime in tal senso le conclusioni del più recente studio civilistico sull'equità: «Le funzioni che fino ad oggi hanno svolto molteplici criteri di giudizio ... sono destinate, a nostro avviso, ad unificarsi in un unico principio che è appunto quello di equità, intendendosi con esso l'attribuzione al giudice del potere di specificare e dare concreta forma regolamentare ad una serie di direttive espresse in forma sobria, chiara e precisa» (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1971, p. 346).

⁵ I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956, pp. 406 ss.; G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1954, p. 191. E cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, rist., Milano, 1968, p. 91: «Una recezione dell'equità come fonte del diritto, da parte di un sistema legislativo, sarebbe contraddittoria, perché significherebbe una

Se quindi l'equità viene riproposta come forma di regolazione giuridica dei rapporti in contrapposizione alla legge generale ed astratta, dopo essere stata espunta dal diritto moderno o tutt'al più considerata eccezione alla regola, ciò avviene perché essa compendia la crisi del principio di eguaglianza formale e la impossibilità per il diritto borghese di chiudere il cerchio della sua positività.

È evidente allora che l'equità ha valenze più complesse di quelle indicate da Neumann, e non può essere respinta *in toto* invocando un irrealistico ritorno alla fattispecie astratta e tipizzante ed al principio di eguaglianza formale. Si tratterà piuttosto di sottrarre questo *ius aequivocum* alla sua equivocità e di confrontarlo alle strutture materiali dei rapporti di produzione ed alle norme costituzionali per verificarne in concreto le possibili valenze politiche e per fondarne uno statuto per quanto possibile oggettivo.

3. *Equità di mercato ed equi rapporti sociali*

Una conferma dell'ambivalenza dell'equità, quando la si assuma nella sua configurazione astratta, è emersa d'altronde nello stesso convegno di Lecce quando, soprattutto nella relazione di S. Rodotà, è stata sottolineata la necessità di tenere ben distinta una equità «civile» da una equità «costituzionale».

Nel sistema del Codice civile, infatti, l'equità è uno strumento sostanzialmente subordinato ad una struttura che conserva nell'autonomia privata e nella legge i suoi termini essenziali di riferimento; tutt'al più, ha la funzione di strumento di chiusura offerto al giudice nella fase di interpretazione o di integrazione del contratto per superare le oscurità dell'atto di autonomia o le lacunosità della disciplina legislativa (cfr. articoli 1371 e 1374 c.c.).

I criteri contenutistici dell'equità «civile» sono connessi alla sua funzione di supporto o di correzione dell'autonomia privata, quando il funzionamento ne sia stato in concreto deviato da fattori eccezionali. In tali casi, pertanto, essa opera nel senso di ricondurre ai valori di mercato i termini del sinallagma contrattuale: si pensi alla *reductio ad aequitatem* del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.), che tende appunto a commisurare le prestazioni reciproche a quelle che si sarebbero «liberamente» formate

intima smentita di esso».

sul mercato, eliminando la sproporzione introdotta nel regolamento contrattuale dallo stato di bisogno di una delle parti.

Di questi limiti si è del resto resa conto la dottrina civilistica che ha di recente approfondito l'argomento, ponendo in rilievo la circostanza che anche un'integrazione contenutistica dell'equità sulla base delle direttive costituzionali non può prescindere dal carattere di subordinazione funzionale all'autonomia privata che il ricorso all'equità conserva nel sistema del Codice civile⁶.

Ben diversa è la nozione di equità che si può ricavare dalla Costituzione. Il riferimento testuale dell'art. 44 allo stabilimento di «equi rapporti sociali» come finalità della disciplina legislativa della proprietà terriera privata non esprime che l'emersione in una particolare materia di quella che è una delle componenti fondamentali del programma costituzionale, compendiato dall'art. 3 cpv. In questo quadro, il criterio contenutistico in base al quale un rapporto possa dirsi equo non è più quello del riferimento ai valori economici determinati nel mercato, ma coinvolge esigenze diverse, che si esprimono nella rimozione delle limitazioni di fatto della libertà e dell'eguaglianza, nel pieno sviluppo della persona umana, nell'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione, anche economica e sociale, del Paese.

È evidente come il rapporto equo, nella prospettiva costituzionale, postuli non già la formale parità delle parti, ma una loro formale differenziazione, sulla base della differenziazione sostanziale derivante dai rapporti materiali di produzione e di scambio che sono alla base del rapporto giuridico. Il rapporto equo è allora il rapporto che deve essere eguagliato, e la cui determinazione concreta non può pertanto essere operata autonomamente dalle parti, ma richiede un intervento esterno.

La risposta alla riproposizione del tema dell'equità non può quindi consistere in un rifiuto aprioristico, motivato col richiamo puro e semplice al diritto in forma di legge generale ed astratta, ma richiede la verifica della possibilità di costruire intorno ad essa forme di diritto diseguale⁷ che si collochino in una prospettiva di attuazione dell'art. 3 cpv.; forme di diritto diseguale, quindi, nelle quali la necessità di una regolazione giuridica concretamente attenta alla diversità delle situazioni individuali si connetta ad una critica organica del principio di eguaglianza formale, che ne individui sia la determinatezza storico-sociale, sia la sostanziale ingiustizia

⁶ S. ΡΟΔΟΥΤΑ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, cap. III; e F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., cap. IV.

⁷ Sulla base, quindi, della critica marxiana al borghese diritto eguale.

rispetto alla reale disegualianza tra i soggetti. In tal modo, attraverso una critica operativa che investe integralmente la categoria del contratto come atto di volontà tra soggetti uguali, cioè la mediazione consensuale dei rapporti economici, si realizza una regolazione giuridica che tenga conto della diversità di situazioni sostanziali delle parti del rapporto.

Su queste basi, sembra possibile anche porre le premesse per un ampliamento dei poteri del giudice che non sia contenutisticamente indeterminato, ma legato a precisi canoni di riferimento.

La proposta di una legislazione che adotti la tecnica dell'equità per la regolazione dei rapporti va valutato quindi non in astratto, ma in base alle concrete caratteristiche che intende assumere, in relazione al contesto politico e sociale.

L'esempio dell'equo canone, in vigore per i contratti che disciplinano i rapporti tra proprietario e coltivatore del suolo, e proposto per i contratti tra proprietario e conduttore dell'immobile urbano, può essere significativo della validità di proposte in questa direzione. Esso sembra però significativo anche della necessità di un ulteriore svolgimento del discorso – impossibile in questa sede – che sia più preciso in ordine alle tecniche di determinazione equitativa del contenuto del rapporto.

4. Pluralità dei centri di produzione del diritto e ruolo delle assemblee elettive

Nel senso indicato, il tema dell'equità non coincide necessariamente con quello del nesso tra legislazione e giurisdizione, che gli è tradizionalmente legato. L'esempio dell'equo canone dimostra come, al contrario, una regolazione equitativa del rapporto possa essere predisposta attraverso una legislazione che disciplini particolareggiatamente criteri e coefficienti, lasciando all'organo di applicazione della normativa un margine di discrezionalità non più ampio del consueto.

Naturalmente, l'equo canone non può compendiare l'intera problematica dell'equità. È evidente, comunque, che il significato dell'equità, inteso alla luce della Costituzione come istanza dell'instaurazione di equi rapporti sociali, è svincolato da una particolare tecnica di giudizio.

Si è detto, tuttavia, che la riproposizione dell'equità si accompagna non casualmente alla richiesta di un ampliamento dei poteri del giudice. È necessario quindi non trascurarne il significato politico, in relazione alla tendenza, avvertibile in settori e con modalità differenti, ad una

diversificazione pluralistica dei centri di produzione del diritto, nella quale però il pluralismo non è espressione di partecipazione democratica, ma di dispersione e sostanziale subalternità degli strumenti istituzionali ai centri di potere economico.

In questo quadro, la riaffermazione del principio di sovranità popolare, e quindi della spettanza esclusiva alle assemblee elettive della funzione di indirizzo politico, non è né pretestuosa né inutile.

Nessuno oggi parla più di giusliberismo; tuttavia è evidente che in una situazione di crisi delle strutture istituzionali la prospettiva di un ampliamento dei poteri del giudice che non sia accuratamente precisato e definito rischia di inserirsi in una linea di tendenza diretta a trasferire ad organi non espressi dalla sovranità popolare la funzione di indirizzo politico⁸.

Certamente non è pensabile un ritorno alla teoria dell'onnipotenza del legislatore; neppure si possono sottovalutare i fattori positivi presenti nella differenziazione della produzione giuridica. Una legislazione che si esprimesse mediante principi generali chiari e definiti potrebbe rafforzare l'autorità del parlamento molto più di una normazione particolareggiata, complessa e contraddittoria. D'altro canto, è difficile trascurare il complesso apparato normativo non legislativo che, formatosi a partire dagli anni '60 attraverso la contrattazione collettiva, ha investito sia il regime di impresa sia le istituzioni, oppure le altre forme di «diritto nuovo», sorte spontaneamente dalle aggregazioni sociali.

Non può però neppure essere trascurata, in un discorso di prospettiva, la tentazione per il giudice di ricorrere alla natura delle cose o alla coscienza sociale o all'equità metafisica per sovvertire le scelte politiche operate dal legislatore, qualora si consideri il carattere sempre più complesso e disarticolato che il quadro normativo viene assumendo. Basti pensare a tre casi, diversi sotto più aspetti ma accomunati dalla sottrazione alle assemblee elettive della funzione di indirizzo politico: i poteri sempre più ampi che si viene arrogando la Corte costituzionale di sindacare nel merito la legislazione repubblicana (non a caso, nella replica al convegno di Lecce V. Frosini ha portato la Corte costituzionale come esempio di giudice di equità); l'attività normativa degli organi delle Comunità europee, spesso

⁸ Si discute sul rapporto tra giusliberismo ed ideologie giuridiche del nazismo. Più interessante, però, è oggi considerare il ruolo disgregatore svolto nella Repubblica di Weimar dalle supreme magistrature tedesche. Per un famoso caso di ribellione del tribunale supremo del Reich al governo ed al parlamento, attraverso l'affermazione del carattere vincolante per lo stesso legislatore della clausola generale di buona fede (par. 242 del BGB), v. E. Evck, *Storia della Repubblica di Weimar*, Torino, 1966, pp. 297 ss.

direttamente vincolante all'interno del Paese senza alcun controllo da parte del parlamento, la quale comporta spesso, ad esempio, un notevole condizionamento dell'autonomia legislativa delle regioni; la produzione giuridica degli organi ed enti pubblici, sempre più penetrante e differenziata, ma svolta nell'assenza di una volontà generale univoca che serva da quadro di riferimento per finalizzarla a determinate priorità economico-sociali.

Queste considerazioni – che conducono evidentemente ad un tema più ampio ed in parte estraneo all'equità – possono contribuire ad esprimere il significato della riaffermazione del principio della sovranità popolare – e quindi della spettanza esclusiva alle assemblee elettive della funzione di indirizzo politico – in un quadro istituzionale caratterizzato da una profonda disarticolazione dei centri di produzione del diritto. Ciò in due direzioni: in primo luogo, della necessità per il giudice di usare dei poteri equitativi o comunque ampiamente discrezionali che gli siano attribuiti non solo nel rispetto delle direttive costituzionali e delle norme di legge, ma anche tenendo conto dell'indirizzo politico espresso dalle assemblee elettive; in secondo luogo, della individuazione di tecniche giuridiche idonee a consentire il rispetto dell'indirizzo politico al momento dell'applicazione della norma⁹.

Esemplificativa delle cose fin qui dette sembra la vicenda dello Statuto dei lavoratori, dalla sua origine come istituzionalizzazione del «diritto nuovo» creato del movimento dei lavoratori, alla particolare tecnica normativa adottata per la repressione dell'attività anti-sindacale, alle vicende pseudo-esegetiche che ne hanno accompagnato l'applicazione, caratterizzate dal tentativo di distorcerne il significato politico, se non addirittura (com'è stato espressamente proposto da S. Satta) di «riportare la legge a ragione là dove il legislatore ha sragionato».

5. *Uno statuto materiale dell'equità*

La risposta data al Convegno di Lecce dalla maggior parte delle relazioni e dagli interventi più qualificati è stata, pur nella notevole diversificazione delle opinioni, nel complesso fortemente critica e negativa nei confronti dell'equità, o quanto meno della maniera tradizionale di

⁹ Naturalmente, ciò richiede la capacità delle assemblee elettive di esprimere un disegno politico organico che consenta al pluralismo istituzionale di riunificarsi in un progetto generale di riforma, e quindi la fine della *conventio ad excludendum* tendente ad impedire l'accesso alla direzione politica dell'intero movimento operaio.

intenderla, come tecnica giuridica contrapposta polemicamente alla legislazione ed alla norma scritta. Alla sfiducia nei confronti della capacità del corpo giudiziario di prendersi carico in prima persona dei problemi del Paese (replica di F. Merusi), si sono aggiunte perplessità circa il fondamento costituzionale ed il significato politico di un ribaltamento dei rapporti fra i poteri (relazione di U. Romagnoli ed intervento di A. Di Maio). Più sfumata è apparsa la posizione di chi ha ritenuto positiva la prospettiva di una legislazione esprimendosi mediante principi generali chiari e precisamente finalizzati (replica di S. Rodotà). Quest'ultima indicazione era già collegata, peraltro, al tema dell'attuazione delle direttive costituzionali, sotto il profilo dell'instaurazione di equi rapporti sociali, attraverso un collegamento dialettico ma non antagonistico tra i centri di produzione del diritto.

Lo spostamento dell'attenzione dall'equità come strumento che affidi alla decisione giudiziale la gestione ed il riequilibrio di interessi privilegiati ad una concezione diversa, connessa all'attuazione del programma costituzionale, ha posto in primo piano il tema della rilevanza giuridica dell'art. 3 cpv. e dei mezzi per renderlo concretamente operante. L'articolazione di opinioni in proposito è stata particolarmente ampia, dall'intervento di N. Lipari, per il quale il carattere rivoluzionario del precetto costituzionale può esprimersi attraverso la dichiarazione di incostituzionalità di quelle parti dell'ordinamento vigente che contrastano con esso, alla posizione di U. Romagnoli, estremamente critica circa la possibilità di affidare al potere giudiziario l'attuazione di un impegno che, esprimendosi in termini di conquista del potere da parte dei lavoratori, richiede non concessioni eque ma chiare definizioni dei diritti acquistati.

Complessivamente, la notevole differenziazione delle opinioni e la ampiezza dei dissensi, che hanno anche precluso la possibilità di trarre conclusioni comuni, confermano l'ambivalenza dell'equità, come espressione dell'istanza di una regolazione giuridica attenta alla diversità delle situazioni sostanziali.

Il tema dell'equità, nell'ambiguità della sua stessa prospettazione tradizionale, indica in realtà, come l'osservazione storica dimostra, un aspetto della contraddizione fondamentale della società capitalistica, stretta tra l'istanza del diritto diseguale, che è un portato della sempre maggiore socializzazione delle forze produttive, e l'esigenza della certezza del diritto, garanzia essenziale di un sistema fondato sull'appropriazione privata dei beni e dei prodotti.

La contraddizione, evidentemente, non è superabile all'interno del sistema: un superamento reale dell'astrattezza del diritto moderno, che

non vada a scapito della garanzia della libertà politica, presuppone una integrale ricomposizione comunitaria dell'economia e della società.

Naturalmente la comprensione del carattere storico, socialmente determinato, della dissociazione tra equità ed eguaglianza, e della impossibilità di una sua ricomposizione immediata, non esclude la possibilità – da verificare teoricamente ed operativamente – della costruzione di forme di diritto diseguale, fra le quali l'equità potrà trovare un suo posto come forma di regolazione giuridica che discrimini formalmente posizioni astrattamente paritarie, sulla base delle differenze sostanziali concretamente esistenti tra i soggetti del rapporto.

In questo quadro può porsi la necessità della fondazione di uno statuto materiale dell'equità, svincolato dalla concezione metafisica e da ogni presupposto giusnaturalistica perché collegato all'espressione politica della sovranità popolare, ed oggettivo perché ancorato alla struttura della società civile, cioè ai rapporti di produzione sottostanti i rapporti giuridici che li mediano.

Ciò non esclude evidentemente la consapevolezza che, se i rapporti sostanziali, che l'equità deve mediare, sono quelli di una società fondata sull'appropriazione privata dei mezzi di produzione e del prodotto, e quindi sul permanere della sostanziale diseguaglianza tra le parti, l'istanza del diritto diseguale non potrà mai risolversi pienamente – portare cioè ad una reale parificazione dei soggetti – mediante tecniche equitative, ma dovrà sempre fermarsi ad un livello di mediazione formale. Una effettiva riduzione ad equità dei rapporti, del tipo postulato dal programma costituzionale, non può operarsi mediante la risoluzione formale dei conflitti di interesse, perché richiede un intervento sulle strutture stesse della società civile.

II. STORIA

*Da Portalis a papa Francesco.
Note sulla giustificazione della proprietà
nella modernità capitalista**

SOMMARIO: 1. Il problema della giustificazione alle origini della proprietà moderna. Portalis – 2. (*Segue*) Blackstone – 3. Dalla destinazione universale alla secolarizzazione – 4. Le critiche dell'individualismo possessivo. La dottrina sociale della Chiesa – 5. (*Segue*) Dal «Manifesto» all'Urss – 6. (*Segue*) La via socialdemocratica – 7. Il ritorno della centralità proprietaria e il problema storico della giustificazione – 8. Le giustificazioni del neoliberismo – 9. Un contro movimento culturale. Funzione sociale e beni comuni – 10. Individualismo possessivo o destinazione universale dei beni?

1. *Il problema della giustificazione alle origini della proprietà moderna. Portalis*

La relazione di Portalis sul secondo libro del *Code civil*, e le pagine dedicate alla proprietà nei *Commentaries* di Blackstone, sono tra i testi fondativi della concezione moderna della proprietà privata.

In entrambi, l'antico problema della giustificazione sembra risolto dalla positivizzazione del modello individualista ed esclusivista. Questa non è solo la forma generale dell'appropriazione dei beni, ma costituisce l'«anima universale di tutta la legislazione», secondo l'espressione usata da J.È.M. Portalis nella relazione svolta nella seduta del Corpo legislativo del 26 nevosio anno XII (17 gennaio 1804).

Il suo discorso¹ fu subito considerato il più importante, ed è rimasto il più famoso, tra quelli pronunciati durante i lavori preparatori del *Code*.

Portalis fu il protagonista di questi lavori (riferì anche all'inizio, sul Titolo preliminare, e alla fine, in occasione dell'approvazione dell'intero testo, il 26 ventoso anno XII, 17 marzo 1804). Per questo è stato chiamato «il padre del Codice civile»².

La codificazione delle leggi francesi fu dall'inizio un fondamentale obiettivo della Rivoluzione³.

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, pp. 187-208.

¹ Vedilo in F. EWALD (dir.), *Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Paris, 1989, pp. 271 ss.

² H. CAPITANT, *Portalis, le père du Code civil*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1936, pp. 187 ss.; J.L.A. CHARTIER, *Portalis, le père du Code civil*, Paris, 2004.

³ Cfr. PH. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898, pp. 37 ss.

La presa del potere da parte di Napoleone creò le condizioni di ordine e stabilità perché il Codice potesse assumere la forma che oggi conosciamo.

Depurato dai rischi della democrazia (la concezione proprietaria dei giacobini, l'egualitarismo nei rapporti familiari), attraverso l'eliminazione della democrazia stessa, era possibile chiudere il processo rivoluzionario con la sua realizzazione più importante: un Codice delle leggi civili fondato, per tornare al discorso di Portalis, sulla proprietà privata, «il diritto fondamentale sul quale tutte le istituzioni riposano».

Il principio posto dall'art. 544 del *Code* costituisce al tempo stesso un cambiamento radicale rispetto all'ordinamento giuridico preesistente, e pone il «fondamento irremovibile della Repubblica».

Per la verità, pochi mesi dopo il discorso del 26 nevoso anno XII la Repubblica diventerà Impero, poi Regno, poi Repubblica, poi ancora Impero, infine di nuovo Repubblica (III, IV, e V); ma l'art. 544 è rimasto sempre lo stesso.

Portalis parla da vincitore, e di due battaglie molto recenti: la prima era stata lo smantellamento rivoluzionario del vecchio sistema feudale, attraverso l'espropriazione forzata e senza indennità delle «vecchie» proprietà, e la loro sostituzione con la nuova.

Subito dopo era stato sconfitto il tentativo di compenetrare la proprietà con i principi rivoluzionari della democrazia e dell'uguaglianza. La riformulazione della Dichiarazione dei diritti proposta da Robespierre nel 1793 escludeva la proprietà dall'elenco dei diritti naturali dell'uomo, la definiva «il diritto di godere e di disporre dei beni che è garantito dalla legge», aggiungeva che essa non può recare pregiudizio «alla sicurezza, alla libertà, all'esistenza» di altri, prevedeva il «diritto alla sussistenza di tutti», garantito dalla società⁴. Siamo vicini alle formulazioni della nostra Costituzione.

Tutto ciò scompare nel *Code civil*, la Dichiarazione dei diritti rimane quella del 1789, e Portalis dedica agli sconfitti poche frasi.

Quanto al sistema feudale, esso aveva snaturato la vera essenza della proprietà, immutabile nella coscienza umana, anche se le vecchie regole «reggono ancora la più gran parte dell'Europa»

Quanto alle disuguaglianze, non dipendono dal diritto di proprietà, ma sono «l'opera stessa della natura», perché gli uomini non nascono eguali. Anzi, assecondano la virtù umana, perché motivano «l'umanità, la beneficenza, la pietà» dei ricchi verso i poveri.

⁴ Trad. it. in M. ROBESPIERRE, *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. Cerroni, Roma, 1984, pp. 118 ss.

E i «pubblici poteri», che devono stabilire le leggi e i regolamenti limitativi della proprietà, secondo quanto previsto dall'art. 544? Essi sono affidati, dalla Costituzione napoleonica, agli «uomini le cui proprietà garantiscono la fedeltà» al nuovo sistema.

Eppure, rileggendo il discorso di Portalis, si resta colpiti dal fatto che una buona parte è dedicata, appunto, alla giustificazione della proprietà quale definita dal *Code*. Gli argomenti del giusnaturalismo sono raccolti e semplificati, e la storia viene riletta come un succedersi di deviazioni dal principio proprietario insito nella natura e nella ragione umana.

Ne rimase colpito Biagio Brugi, autore, un secolo dopo, del più interessante studio sulla proprietà prodotto nella vigenza del Codice del 1865⁵.

Brugi non può nascondere «una certa meraviglia» per questo bisogno di giustificare la proprietà quando stava per essere definita in quel codice che molti credono l'accogliesse ad occhi chiusi.

Quando scrive Brugi, la sistemazione della proprietà «moderna» è da tempo compiuta, come istituto di diritto positivo, e concettualizzata in una teoria giuridica del tutto aliena da considerazioni estranee al diritto positivo medesimo.

Portalis ha però ancora presente un'antica tradizione, per la quale la proprietà privata non è affatto auto evidente, non solo nella concreta realtà giuridica del tardo feudalesimo, ma anche nel «senso comune» di intere generazioni, tutt'altro che convinto della sua rispondenza alla ragione, alla natura, e, soprattutto, alla giustizia.

2. (Segue) *Blackstone*

Lo stesso problema deve affrontare William Blackstone quando scrive le pagine sulla proprietà dei suoi «*Commentaries*»⁶.

Com'è noto, la via inglese all'individualismo giuridico è diversa da quella francese. Testo fondativo sono considerati i quattro volumi dei «*Commentaries of the Law of England*» (pubblicati tra il 1765 e il 1769), che restano per oltre un secolo alla base dell'insegnamento, della sistemazione e della interpretazione del «*common law*».

I *Commentaries*, in effetti, organizzano in un sistema, rispondente alle

⁵ B. BRUGI, *Della proprietà*², I, Napoli-Torino, 1923, pp. 44 ss.

⁶ *Commentaries on the Laws of England*, 4 vv., Oxford, 2016.

esigenze della modernità, il diritto «comune» vigente in Inghilterra, che si era formato in un processo secolare, e si era consolidato nella seconda metà del 700, sulla base dei precedenti giurisprudenziali e dell'intreccio tra le regole così formate e le leggi del Parlamento.

Vie diverse, quella di derivazione francese e inglese, ma fondate entrambe sull'individualismo giuridico e sulla forma moderna di proprietà, cioè sulle strutture giuridiche del capitalismo⁷.

Anche Blackstone, come Portalis, esamina i caratteri e le ragioni della proprietà moderna.

La sua trattazione contiene due definizioni di proprietà. La prima, nel cap. I del Primo libro, è simile a quella dell'art. 544 del *Code*: la proprietà consiste nel libero uso, godimento e disposizione da parte del titolare di tutti i suoi beni, salvo solo quanto previsto nelle leggi.

Passando poi, nel cap. I del Secondo libro, alla trattazione della «proprietà in generale», Blackstone usa una diversa formulazione, che è rimasta famosa: «l'unico e dispotico dominio che una persona afferma ed esercita sulle cose esterne del mondo, in totale esclusione del diritto di ogni altro individuo nell'universo».

Questa accentuazione del carattere «dispotico» ed esclusivista del potere proprietario serve a Blackstone a introdurre il tema della giustificazione della proprietà.

Anch'egli, come Portalis, avverte il malessere che circonda questo diritto: non c'è niente che colpisce l'immaginazione e impegna le passioni umane, egli scrive, come il diritto di proprietà. E chi possiede sembra temere di guardare indietro, di verificare i mezzi con cui le sue ricchezze sono state acquisite, e comunque di esaminare la ragione o l'autorità sulle quali si basano le leggi che proteggono la sua proprietà.

Eppure, dice Blackstone, il problema va affrontato, perché «strettamente parlando, non c'è una fondazione nella natura o nel diritto naturale» dei titoli di acquisto della proprietà e dei poteri che ne derivano. Tanto più che i testi sacri sono chiari nel senso opposto: Dio ha dato la terra in

⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, pp. 244 ss. Già Engels aveva segnalato le diverse vie nazionali all'affermazione del moderno diritto capitalistico: «si può, com'è avvenuto in Inghilterra, conservare la maggior parte delle forme del vecchio diritto feudale e dar loro un contenuto borghese. Ma si può anche, con l'aiuto di giuristi cosiddetti illuminati, rielaborare il primo diritto mondiale di una società produttrice di merci, il diritto romano. Si può però anche, dopo una grande rivoluzione borghese, elaborare un codice classico della società borghese, com'è il *Code civil*» (F. ENGELS, *Ludovico Feuerbach e il punto di approdo della filosofia classica tedesca*, in K. MARX, F. ENGELS, *Opere scelte*, Roma, 1971, pp. 1141 s.).

comune a tutti gli uomini. Gli argomenti che usa, dopo questa premessa, per spiegare come dalla condizione comune originaria si sia giunti al diritto individuale, dispotico ed esclusivo, sono quelli della tradizione filo proprietaria: la garanzia della pace sociale (Aristotele), l'occupazione individuale dei beni (Cicerone e poi i giusnaturalisti). Nuova è però l'insistenza nell'affermare che la proprietà è (è sempre stata) «not a *natural*, but merely a *civil right*» (sottolineature di Blackstone), protetto dalle istituzioni inglesi per assicurare «i grandi fini della società civile, la pace e sicurezza degli uomini».

Per una via diversa da quella di Portalis e del *Code* (non la legge rivoluzionaria, ma la rilettura della tradizione giuridica inglese), i *Commentaries* arrivano a conclusioni non diverse: una figura generale di proprietà privata, individualistica, assolutista, esclusivistica; la positivizzazione del diritto (che ha il suo fondamento nella legge, non nel diritto naturale); e la sua parallela secolarizzazione: la destinazione universale dei beni è nella Bibbia, ma riguardava solo gli uomini primitivi, è divenuta priva di ogni significato nel diritto vigente.

E tuttavia, come Portalis, anche Blackstone avverte l'esigenza della giustificazione, della necessità di spiegare perché le cose stiano così e non diversamente, di dare una risposta ai dubbi, alle «passioni dell'umanità», circa il fondamento e la giustizia del sistema che l'avvento del capitalismo ha reso dominante.

3. *Dalla destinazione universale alla secolarizzazione*

Elemento costitutivo del diritto moderno è la sua integrale secolarizzazione; e cioè la perdita di rilevanza – per la prima volta nella storia – della religione nella dimensione giuridica.

Il processo si riflette sia nelle nuove regole del diritto positivo, sia nelle teorie e filosofie del diritto.

Il principio della separazione tra religione e Stato, affermato dal nuovo diritto, riassume il significato di regole giuridiche innovative, già introdotte in Francia nella fase rivoluzionaria, che riportano al diritto dello Stato beni e materie prima attinenti a una dimensione giuridica esterna: l'espropriazione dei beni ecclesiastici (estranei alle strutture individualistiche della proprietà moderna), il matrimonio come contratto, il divorzio, i registri dello stato civile, ecc.

Ma il significato epocale della secolarizzazione del diritto va oltre queste innovazioni normative: in generale, e anche nel nostro tema.

Il fondamento del sistema, la proprietà privata, si giustifica ora perché così vuole la legge, il diritto positivo; non c'è più bisogno di districarla dalla sua dimensione religiosa, alla quale era stata legata (in forme e modi diversi) per tutto l'arco della storia della civiltà umana.

Significativo, al riguardo, è che nel discorso di Portalis sulla proprietà privata, che pure riprende gli argomenti della tradizione giusnaturalistica (in particolare Locke) e di quella romanistica dei giuristi (Domat e Pothier), è del tutto assente il punto di riferimento iniziale di entrambe quelle tradizioni (ricordato invece, come abbiamo visto, da Blackstone): che cioè Dio ha dato la terra agli uomini in comune, e va quindi spiegato perché debba prevalere l'appropriazione individuale⁸.

Interessante è quanto aveva scritto Pothier nel suo *Traité du droit de domaine de propriété*⁹. A proposito delle *res commune omnium*, egli afferma, come già Domat, che la comunanza dei beni era la condizione originaria, perché Dio ha donato l'universo al genere umano nel suo insieme. Questa condizione permane però oggi solo per le cose che non sono state successivamente divise, che possono quindi essere chiamate comuni, o *res nullius*.

Un secolo dopo, il prudente editore esprime le stesse perplessità che abbiamo visto in Brugi, e annota preoccupato, rimproverando Pothier, che «è difficile, e può essere anche pericoloso, fare la storia dei tempi sconosciuti»¹⁰. È meglio cancellare completamente questa storia, e restare a quanto dice il diritto positivo, e quindi all'art. 544 del *Code*.

Con la grande trasformazione¹¹ che progressivamente (a partire dall'Inghilterra nella seconda metà del Seicento fino alla Germania nel corso dell'Ottocento) costruisce l'economia, la società e l'ordinamento giuridico dell'Occidente sulle basi dell'individualismo possessivo, la secolarizzazione diviene in effetti elemento costitutivo del nuovo diritto.

L'Essere supremo della Dichiarazione francese dei diritti, il Creatore della Dichiarazione di indipendenza USA, sono residui del passato, formulazioni prive di senso rispetto alla logica proprietaria del diritto

⁸ Cfr. C. SALVI, *Da Tommaso a Locke: il lungo medioevo della proprietà privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 28 ss.

⁹ R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété* (1771-1772), in *Oeuvres*, par M. Bugnet, IX, Paris, 1861.

¹⁰ J.J. BUGNET, *ivi*, nota 1, p. 109.

¹¹ K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), Boston, 2001; trad. it., Torino, 1974.

positivo, espressione della dinamica della società dei guadagni¹² intrinsecamente estranea alla dimensione religiosa, e di una concezione integralmente mondana del modello proprietario.

4. *Le critiche dell'individualismo possessivo. La dottrina sociale della Chiesa*

La Restaurazione si appoggiò sulla Chiesa, considerata presidio dell'ordine sociale. La religione cattolica è dichiarata religione dello Stato, pur restando la libertà di culto. La legislazione familiare è rivista, a cominciare dall'abolizione del divorzio. Ma la nuova logica proprietaria non viene messa in discussione. Il diritto patrimoniale resta regolato dal *Code civil*, e la «Carta» di Luigi XVIII riconosce il principio dell'eguaglianza di diritto («I francesi sono eguali davanti alla legge, quali che siano i loro titoli e il loro rango»: art. 1) e il nuovo assetto proprietario («Tutte le proprietà sono inviolabili, non escluse quelle chiamate nazionali, non ponendo la legge alcuna distinzione tra esse»: art. 9), cioè i due fondamenti del nuovo diritto.

Il pensiero cattolico controrivoluzionario (Louis de Bonald¹³ e K.L. von Haller¹⁴, in particolare) critica la concezione proprietaria del *Code*, e in genere l'utilitarismo e l'individualismo della nuova legislazione.

Questo pensiero non fu privo di presa sia sul positivismo sociale di Comte e Saint-Simon sia sulle teorie di Savigny e della scuola storica, in quanto poneva il tema della necessità di una ricomposizione non individualistica della società dopo il trauma rivoluzionario.

Tuttavia, né la nostalgia di Bonald per il vecchio ordine sociale, né il paternalismo proprietario di Haller, potevano porre le premesse di un punto di vista cristiano che si inserisse in modo persuasivo nel conflitto ormai aperto tra modernità borghese e Chiesa cattolica. Il pensiero controrivoluzionario non affrontava la novità che il problema proprietario presentava per effetto della grande trasformazione, perché nemmeno vedeva il vero tema: il protagonismo della classe operaia.

Solo alla fine dell'Ottocento, e dopo un lungo e controverso dibattito¹⁵,

¹² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, trad. it., Roma-Bari, 2007, p. 29.

¹³ L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux* (1796), in *Oeuvres complètes*, Paris, 1859, I.

¹⁴ K.L. VON HALLER, *Restaurazione della scienza politica* (1816-1834), trad. it. 3 vv., Torino, 1963-1981.

¹⁵ Cfr. C. SALVI, *La Rerum novarum 120 anni dopo*, in *Iustitia*, 2011, pp. 349 ss.

prende forma compiuta la «dottrina sociale della Chiesa», e si affronta, al suo interno, la questione della proprietà.

«Un piccolissimo numero di straricchi ha imposto all'infinita moltitudine dei proletari un gioco poco men che servile».

Non è la frase di un odierno indignato, ma una citazione dalla *Rerum novarum*¹⁶. L'enciclica apre un capitolo nuovo del rapporto tra la Chiesa e la società moderna, ponendo esplicitamente la questione sociale come questione operaia.

Un ruolo importante è svolto dal ritorno al tomismo, fortemente voluto da Leone XIII (in particolare con l'enciclica *Aeterni patris* del 1879), e alla soluzione data da Tommaso d'Aquino al problema della giustificazione (e dei limiti) della proprietà privata¹⁷.

Per la *Rerum novarum*, come già per Tommaso, la proprietà è diritto «conforme alla natura», ma il suo uso deve essere armonizzato con il bene comune. Sono le premesse della «funzione sociale» della proprietà privata, accolta dalla nostra Costituzione, e che costituisce tuttora un punto fermo della dottrina sociale della Chiesa.

La *Rerum novarum* si apre indicando il «motivo dell'enciclica» nella «questione operaia». È necessario «abbattere errori funesti». Il socialismo, con il suo obiettivo di abolire la proprietà, danneggia gli stessi operai, ed è una soluzione ingiusta, in quanto manomette i diritti dei legittimi proprietari e «scompiglia tutto l'ordine sociale». E tuttavia lo sviluppo di un capitalismo senza limiti ha lasciato gli operai «soli e indifesi in balia della cupidigia dei padroni e di una sfrenata concorrenza».

Ci sono doveri che si accompagnano alla proprietà privata: anzitutto «rispettare negli operai la dignità della persona umana». E a tal fine sono auspicati interventi legislativi degli Stati, l'organizzazione associativa degli operai, l'individuazione di un minimo salariale.

Quaranta anni dopo, Pio XI riprende e aggiorna l'impostazione della *Rerum novarum*, e si misura con «la profonda trasformazione che dal tempo di Leone XIII ebbe il socialismo... Allora infatti esso poteva dirsi quasi uno e propugnatore di principi dottrinali ben definiti o raccolti in sistema; ora invece è diviso in due partiti principali, discordanti per lo più fra loro e inimicissimi». Nella *Quadragesimo anno*¹⁸ Pio XI esamina la «trasformazione del socialismo», diviso ormai in due campi contrapposti: un «socialismo più violento o comunismo», e un «socialismo più mite»,

¹⁶ LEONE XIII, *Lett. Enc. «Rerum novarum»*, 1891.

¹⁷ Cfr. SALVI, *Da Tommaso a Locke*, cit., pp. 25 s.

¹⁸ PIO XI, *Lett. Enc. «Quadragesimo anno»*, 1931.

che rigetta il ricorso alla violenza e «mitiga» la lotta di classe e l'abolizione della proprietà privata.

Pur ribadendo l'inconciliabilità tra socialismo e fede cristiana, la Quadragesimo anno apre esplicitamente la via alla possibilità di una collaborazione sociale, istituzionale e politica tra cattolici e socialisti. Decisiva fu l'influenza del mondo cattolico tedesco e francese, dal quale provenivano i protagonisti della redazione dell'enciclica¹⁹. I gesuiti Gustav Grundlach e Oswald von Nell-Brenning, vicini agli ambienti sindacali e fermi oppositori del nazismo (prima e dopo la presa del potere), vedevano nella «coalizione di Weimar» (tra Socialdemocratici, Centro e Liberaldemocratici) l'unica alternativa a una destra aggressiva e autoritaria. A sua volta, padre Gustave Desbusquois da tempo contestava, con la sua Action populaire, la destra cattolica reazionaria.

Il seme così gettato, seppellito dalle tragiche vicende degli anni '30 e dal conflitto mondiale, diede i suoi frutti nel secondo dopoguerra. Spettò a Jacques Maritain darne la sistemazione teorica sul versante cristiano. «Uomini di principi metafisici o religiosi del tutto diversi o addirittura opposti possono incontrarsi nelle stesse conclusioni pratiche e partecipare alla stessa fede secolare pratica purché essi rispettino, magari per motivi del tutto diversi, la verità e l'intelligenza, la dignità umana, la libertà, l'amore fraterno e il valore assoluto del bene morale»²⁰.

Riprendendo Tommaso, Maritain distingue nella proprietà privata tra il «possesso» del diritto, e il suo esercizio, «soggetto alle condizioni e alle limitazioni dettate dalla giustizia».

L'interlocuzione fu accolta, anzi ricercata, nel secondo dopoguerra dai partiti di sinistra dell'Europa non comunista. L'incontro tra queste due culture e movimenti critici dell'individualismo possessivo fu la base delle «Costituzioni lunghe» del Novecento, comprensive delle clausole sociali per la proprietà privata²¹.

5. (Segue) *Dal «Manifesto» all'Urss*

Per l'altra cultura critica ottocentesca della proprietà, quella marxista,

¹⁹ Cfr. C. PRENTISS, *Debating Gods' Economy*, Univ. Penn., 2007, pp. 200 ss.

²⁰ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, trad. it., Milano, 1953, p. 135.

²¹ C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 23 ss.

il problema della giustificazione è drasticamente risolto: la proprietà privata (dei mezzi di produzione) va abolita.

Nei «Manoscritti economici-filosofici» del 1844 (pubblicati per la prima volta nel 1932) si ritrovano le motivazioni dell'impegno culturale e politico al quale Marx si dedicò nei decenni successivi. Esse risiedono nell'indignazione morale per la condizione degradata, intellettuale e materiale, degli operai del suo tempo.

Le radici di questa condizione sono «la proprietà privata, la cupidigia», che hanno libero campo nel sistema capitalistico²².

Risuonano nelle sue parole antichi giudizi sul male oscuro prodotto nella società umana dall'amor habendi e dall'appropriazione privata dei beni.

Liberando l'operaio dallo sfruttamento capitalistico, questi, e con lui l'intera umanità, in una società non più divisa in classi («il proletario emancipando se stesso emanciperà tutta l'umanità») sarà liberato dall'alienazione. L'antropologia marxiana porta alle estreme conseguenze l'idea illuministica della naturale bontà dell'uomo, che per potersi dispiegare va liberata dai vincoli che le impediscono di manifestarsi²³. Per Marx questi vincoli non sono di ordine politico-istituzionale, come per gli illuministi, ma economico-sociale, e vanno rimossi attraverso l'azione politica consapevole degli operai. E il passaggio iniziale, quando la classe operaia avrà preso il potere, sarà l'abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione.

Nel poscritto del 1873 alla seconda edizione del Capitale, Marx rivendica il rifiuto di «prescrivere ricette per l'osteria dell'avvenire». «La classe operaia non ha utopie belle e pronte da introdurre per decreto del popolo», aveva scritto nel 1871²⁴.

Tra le ricette che Marx non prescrive è il sistema proprietario che verrà introdotto in sostituzione della proprietà privata dei mezzi di produzione.

Nei suoi scritti è comunque chiaro che alla vittoria politica del proletariato farà seguito una fase di transizione, che riguarderà soprattutto la proprietà. Già nel Manifesto²⁵ Marx ed Engels parlano di una prima fase di «interventi dispotici nel diritto di proprietà»; «il proletariato si

²² K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, trad. it. in Id., *Opere filosofiche giovanili*, Roma, 1971, pp. 193 ss.

²³ C. TAYLOR, *L'età secolare*, trad. it., Milano, 2009, 329; H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, trad. it., Bologna, 2010, p. 38.

²⁴ K. MARX, *Il capitale*, I, trad. it., Torino, 1975, p. 15; Id., *La guerra civile in Francia*, trad. it., Milano, 2007, p. 75.

²⁵ K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista* (1848), trad. it., Roma-Bari, 2009, p. 36.

servirà della sua supremazia politica per accentrare tutti gli strumenti di produzione nelle mani dello Stato, vale a dire del proletariato stesso organizzato come classe dominante». Ma successivamente «tutta la produzione sarà concentrata nelle mani degli individui associati». È la società comunista, nella quale le differenze di classe saranno sparite, insieme con il potere politico dello Stato. E sulla necessità di una fase di transizione, nella quale la «dittatura del proletariato» sottragga alla borghesia la proprietà dei mezzi di produzione, Marx ritorna nella «Critica al programma di Gotha»²⁶.

Nella concezione politico-giuridica che prevalse nell'Unione sovietica, sulla base della rilettura delle indicazioni di Marx ed Engels da parte di Lenin²⁷, si conferma l'idea di una fase di transizione tra la assunzione del potere da parte del proletariato e la realizzazione della società comunista. Nella prima fase (il «socialismo»), il diritto borghese è superato unicamente per quanto riguarda i mezzi di produzione, che divengono di proprietà sociale.

Si determina così «l'abolizione del capitalismo; ma sarebbe utopistico pensare di fare a meno dello Stato e delle norme giuridiche in questa fase».

Ma in cosa consiste la struttura giuridica di questa «proprietà sociale», diversa dal «comunismo integrale», rinviato al futuro?

La proprietà «socialista», nella fase di transizione al comunismo, è «proprietà dello Stato, cioè patrimonio di tutto il popolo», afferma la Costituzione dell'Urss del 1936, e ribadisce quella del 1977: è questa la «forma fondamentale della proprietà socialista». La «proprietà kolchoziana-cooperativa» mantiene la sua autonomia, ma lo Stato ha il compito di «avvicinarla» progressivamente a quella statale.

Nel preambolo alla Costituzione del 1977 si afferma che «la proprietà sociale sui mezzi di produzione» è stata acquisita, ma siamo sempre in una fase di transizione: il fine dello Stato rimane «l'edificazione di una società comunista senza classi, nella quale riceverà sviluppo l'autogoverno sociale comunista». Quando e come non è specificato: anche la Costituzione dell'Urss rifiuta di prescrivere ricette per l'osteria dell'avvenire (Krusciov, qualche tempo prima, aveva parlato di un ventennio per l'avvento del comunismo, ma dopo la sua destituzione il tema fu abbandonato).

La proprietà «comune» o «socialista» diventò così, nell'esperienza

²⁶ K. MARX, *Critica al programma di Gotha* (1875), trad. it., Roma, 1976, pp. 31 ss.

²⁷ V.I. LENIN, *Stato e rivoluzione* (1917), trad. it. in Id., *Opere scelte*, Roma, 1971, pp. 854 ss. Sul successivo dibattito circa il ruolo del diritto e dello Stato in Urss v. U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969; L. NIVARRA, *La grande illusione*, Torino, 2015, pp. 1 ss.

sovietica, proprietà dello Stato.

Per i beni di consumo (intesi in un'accezione via via più ampia) rimane la «proprietà personale», cioè privata, purché non utilizzata per ricavarne redditi da lavoro altrui.

Rimase irrisolto nell'Urss, e nei paesi che ne seguirono il modello, il nodo del rapporto tra lo Stato proprietario e le imprese, strutturate come persone giuridiche pubbliche²⁸. Problema economico (come si formano i prezzi?), giuridico (chi ha il potere di decidere sulle scelte d'impresa?), ma al fondo problema democratico: «chi controlla il grande potere economico, materializzato nella proprietà pubblica e nel capitale sociale?», si domandava nel 1960 il teorico jugoslavo dell'autogestione Najdan Pasic²⁹. Un altro jugoslavo, Milovan Gilas, aveva la risposta: la «nuova classe»³⁰, un'oligarchia burocratica che attraverso il controllo dello Stato controlla la ricchezza. La fine del sistema sovietico è nota.

6. (Segue) *La via socialdemocratica*

Parallelamente si è svolta la storia dell'altro filone politico-culturale nato dal marxismo, quello socialista o socialdemocratico dell'Europa occidentale.

Nel trentennio successivo alla seconda guerra mondiale le due culture critiche dell'individualismo borghese, la cristiana e quella socialista, trovarono valori comuni, che divennero norme giuridiche (in particolare nella clausola sociale sulla proprietà privata).

I partiti di sinistra dell'Europa occidentale non elaborarono però una compiuta alternativa alla soluzione sovietica del problema proprietario.

Nel programma di Bad Godesberg della socialdemocrazia tedesca (1959) si tenta di individuare un sistema misto: da un lato, «la proprietà privata dei mezzi di produzione ha il diritto a essere protetta e incentivata, fintanto che non ostacola la costruzione di un ordine sociale giusto»; dall'altro, «la proprietà collettiva è una forma legittima di controllo pubblico, cui nessun Stato moderno può rinunciare». Il partito laburista abolì la «clausola 4» del suo statuto, che prevedeva dal 1918 la «proprietà

²⁸ Cfr. W.E. BUTLER, *Soviet Law*², London, 1988, pp. 175 ss.; G. AJANI, *La proprietà delle organizzazioni sociali nel diritto dei paesi socialisti*, Milano, 1988.

²⁹ Cit. in R.A. DAHL, *La democrazia economica*, trad. it., Bologna, 1989, p. 130.

³⁰ M. GILAS, *La nuova classe*, trad. it., Bologna, 1957.

comune dei mezzi di produzione», solo nel 1995, su iniziativa di Tony Blair.

L'atteggiamento complessivo fu pragmatico: prima della fase neoliberaista dell'ultimo trentennio furono adottate politiche coerenti a una concezione sociale della proprietà (comprensiva talvolta di nazionalizzazioni, come nella prima fase della Presidenza Mitterand in Francia).

Interessanti tentativi di affrontare il problema proprietario in una prospettiva diversa da quella sovietica, e tuttavia legata all'idea della «transizione al socialismo», furono compiuti in Italia e Svezia negli anni '70 del secolo scorso.

Nel Pci si parlava di una transizione con metodi democratici e nella continuità costituzionale, attraverso il «governo democratico dell'economia» e la funzionalizzazione della proprietà e dell'autonomia privata³¹. L'idea della «socializzazione» della proprietà (ripresa dalle teorie elaborate negli anni '30 da N. Karleby e O. Udden³²) fu a sua volta alla base del «piano Meidner» (1976), per un breve periodo adottato (ma mai applicato) dalla socialdemocrazia svedese. Il piano prevedeva il trasferimento progressivo delle azioni delle imprese a «fondi dei salariati», che avrebbero così (in tempi lunghi) acquisito la proprietà delle maggiori industrie.

Entrambe le impostazioni furono sconfitte politicamente, e l'obiettivo di un mutamento dell'assetto proprietario fu accantonato e non più ripreso. La globalizzazione neoliberaista fu anzi assecondata dalle formazioni politiche del socialismo europeo, e il modello individualistico ed esclusivistico della proprietà è ritornato il fondamento del sistema.

³¹ La vicenda è ricostruita nel vol. a cura di L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008. I giuristi utilizzarono l'innovazione introdotta nella concezione e disciplina della proprietà dal Codice civile del 1942 (rimasta poi in larga misura inapplicata per l'inattuazione del suo presupposto, l'organizzazione corporativa dello Stato e dell'economia). Cfr. M. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, part. pp. 770 ss. Poco utile invece G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, 2012.

³² Cfr. M. TELÒ, *Le origini del modello svedese*, in E. COLLOTTI (a cura di), *L'internazionale operaia e socialista tra le due guerre*, Milano, 1985, pp. 595 ss.

7. Il ritorno della centralità proprietaria e il problema storico della giustificazione

I movimenti critici dell'individualismo possessivo avevano trovato il loro momento di sintesi nelle costituzioni novecentesche.

La proprietà fu dissociata dalla libertà, la norma che la riguarda contiene una clausola sociale (la funzione sociale, come nella Costituzione italiana e in altre; il principio che «la proprietà obbliga», come in quella tedesca, o altre ancora). La posizione istituzionalmente limitata dei diritti proprietari è uno degli elementi del compromesso tra capitale e lavoro che caratterizzò il trentennio successivo alla seconda guerra mondiale³³.

Nel diritto contemporaneo dell'Occidente la proprietà è tornata a essere un diritto di libertà. La clausola sociale rimane nelle Costituzioni nazionali, ma perde effettività e senso. Il ritorno dell'individualismo possessivo trova la più limpida formulazione nell'art. 17 della Corte dell'Unione europea, collocato nel titolo dedicato alla «libertà», e il cui contenuto è simile all'art. 544 del *Code*³⁴.

Ma «il problema della legittimazione della proprietà privata, e la sua origine e conservazione, che ha occupato la mente umana per più di due millenni, non è affatto scomparso»³⁵.

In effetti, nessuna delle giustificazioni della proprietà privata (dal volere degli antichi dei negli imperi della Mesopotamia e dell'Egitto, agli argomenti aristotelici e giusnaturalisti³⁶, all'odierno integralismo liberista: v. il § seg.) che si sono succedute nei millenni, ha eliminato l'idea che nella appropriazione privata dei beni vi sia qualcosa di sbagliato, di non giusto, che la sua introduzione sia la conseguenza di una «caduta», di un arbitrio, di una violenza, rispetto alla comunanza dei beni.

Ricorrente nella storia del pensiero sulla proprietà³⁷ è il riferimento a una prima età (mitica, ma fondata sulla realtà della storia umana)³⁸ nella

³³ SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 23 ss.

³⁴ Il confronto tra Carta dei diritti UE e Costituzione è stato da me svolto in *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 210 ss.

³⁵ Con queste parole P. Garnsey conclude la prefazione del suo libro di storia del pensiero sulla proprietà (P. GARNSEY, *Thinking about property*, Cambridge, Ma., 2007).

³⁶ Cfr. SALVI, *Da Tommaso a Locke*, cit., pp. 28 ss.

³⁷ Cfr. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., pp. 135 ss.; J. DIAMOND, *Armi, acciaio e malattie*, trad. it., Torino, 1998, pp. 219 ss.

³⁸ Sulla rivoluzione neolitica (e le radici in essa del concetto di possesso, e poi di proprietà) le ricerche recenti hanno confermato l'interpretazione di V. G. CHILDE, *Il progresso nel mondo antico*, trad. it., Torino, 1964. Cfr. M. FRANGIPANE, *Il neolitico e la protostoria nel Vicino Oriente antico*, in A. BARBERO (dir.), *La storia*, I, Milano, 2016, pp. 215 ss.

quale i beni della terra appartenevano a tutti; l'appropriazione privata è stata un passaggio successivo, un progresso per alcuni (compreso Marx), una sventura per altri, ma in ogni caso un passaggio che richiede, appunto, una giustificazione.

Come abbiamo visto (§§ 1 e 2) gli stessi giuristi fondatori della moderna secolarizzazione e positivizzazione della proprietà privata riconoscevano la necessità di una risposta.

Non ha peraltro molto senso né utilità ragionare sulla proprietà (e sul pensiero che la riguarda) «in generale». Certamente un elemento comune c'è (ed è all'origine del persistente dubbio sulla legittimazione e della parallela ricerca della giustificazione). Si tratta della divisione sociale (di poteri, di libertà, di reddito) tra chi ha e chi non ha, che percorre la storia umana dalla rivoluzione neolitica. Ma molto diversi sono i meccanismi proprietari, e le corrispondenti ideologie, nel decorso della storia: ricondurli a un unico schema, quello pseudo romanistico³⁹, considerato l'unico rispondente a natura e ragione; e vedere le diverse articolazioni del regime appropriativo nella storia come «deviazioni» da quello schema, è, da Portalis in poi, argomento degli apologeti dell'individualismo proprietario, privo di qualsiasi utilità concettuale.

La stessa dialettica appropriazione privata-comunismo, che segna l'intera vicenda teorica e pratica del confronto culturale e sociale sulla proprietà, si articola diversamente nella storia. Il conflitto tra il paradigma platonico e quello aristotelico conserva la sua rilevanza, prospettando l'alternativa tra un regime dei beni «giusto» e uno «efficiente». E tuttavia il comunismo platonico si applicava alle classi dirigenti di una città stato oligarchica e l'individualismo economico di Aristotele prevedeva limiti quantitativi alla proprietà dei cittadini, per evitare un eccessivo squilibrio dell'assetto sociale della *pólis*⁴⁰; problematiche di un sistema politico e sociale (comprensivo della schiavitù) storicamente superato.

Il modello della proprietà individualistica ed esclusiva, e della parallela libertà contrattuale, si afferma come forma generale dell'appropriazione e della circolazione dei beni per la prima volta nella storia con l'avvento del capitalismo. Le profonde contraddizioni che caratterizzano sin dalle origini il sistema della modernità capitalistica⁴¹ furono affrontate, come si è detto, dal compromesso sociale dell'età dell'oro dell'Occidente, che ne tentò la ricomposizione, ma che appartiene oramai al passato.

³⁹ Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, Torino, 2015, pp. 301 ss.

⁴⁰ Cfr. C. PIERSON, *Just Property*, I, Oxford, 2013, pp. 23 ss.

⁴¹ Le contraddizioni tra proprietà e libertà, proprietà ed eguaglianza, proprietà e lavoro. Cfr. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 19 ss.

8. *Le giustificazioni del neoliberismo*

A partire dagli anni '70 del secolo scorso il pensiero neoliberista ha affrontato il problema della giustificazione della proprietà privata e ha così preparato il terreno ideologico per il ritorno al predominio dell'individualismo proprietario.

Si possono individuare tre paradigmi che adattano alla contemporaneità antiche risposte.

Per il primo, la proprietà è un diritto naturale, come la libertà. L'autore più influente dell'orientamento neogiuridico è stato Nozick, che ha rivisitato il pensiero di Locke, depurandolo da ogni elemento sociale⁴².

In una seconda prospettiva, si afferma che la libertà del potere economico dal potere pubblico è necessaria per garantire la libertà politica dalle ingerenze dello Stato. Von Hayek e Milton Friedman possono essere considerati gli autori più significativi di questo orientamento⁴³.

Infine, la libera proprietà privata è giustificata, secondo la teoria dell'analisi economica del diritto, in quanto assicura efficienza economica e massimizza la ricchezza collettiva⁴⁴.

Il ricorso al diritto naturale è argomento debole, come già dimostrato da Kelsen⁴⁵. La storia del pensiero dimostra che dalla natura umana si sono tratte, in materia di proprietà, conseguenze opposte, e comunque diverse. Scegliere l'una o l'altra è un giudizio di valore, argomentabile in termini etici, non razionali. Anche perché non è in grado di rispondere alla domanda: se libertà e proprietà sono diritti naturali pariordinati, come spiegare la condizione dei non proprietari?

Maggiore attenzione richiedono le altre due giustificazioni neoliberali della proprietà privata di cui ho parlato.

La libertà economica, secondo Milton Friedman⁴⁶, «promuove la libertà politica perché separa il potere economico dal potere politico e in questo modo consente all'uno di bilanciare l'altro». La storia dimostra, egli

⁴² R. NOZICK, *Anarchia Stato e utopia*, trad. it., Firenze, 1981.

⁴³ F. v. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1960; M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà* (1962), trad. it., Milano, 2010.

⁴⁴ R. POSNER, *Economics Analysis of Law*, Boston, 1973, pp. 10 s. La nona edizione del libro di Posner è del 2014.

⁴⁵ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, trad. it. in ID., *La democrazia*, Bologna, 1984, pp. 364 ss.

⁴⁶ FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà*, cit., p. 9.

aggiunge, la connessione tra libertà politica e libero mercato.

Per la verità la storia è più complessa: pochi anni dopo la pubblicazione del libro di Friedman, i suoi allievi della scuola di Chicago furono chiamati da Pinochet a privatizzare e liberalizzare l'economia cilena, ed elogiati dal loro maestro. Von Hayek consigliò il dittatore Salazar, e fu insignito di onorificenze da Pinochet. E la Spagna di Franco ha vissuto un'esperienza analoga negli anni '60 del secolo scorso. Del resto il teorico del neoliberalismo Pipes, a conclusione del suo libro sulla proprietà, abbandona ogni finzione: la proprietà privata «è più importante del diritto di voto»⁴⁷.

D'altra parte, in che misura la libertà politica si traduce oggi, nell'Occidente, in effettivo potere democratico dei cittadini? Colin Crouch ha usato l'efficace termine «postdemocrazia» per indicare gli stati contemporanei, retti da sistemi democratici (elezioni, libertà di stampa, ecc.), ma dove è una ristretta élite a prendere le decisioni che contano davvero⁴⁸.

Quanto alla terza giustificazione, la maggiore efficienza economica di un sistema basato sulla proprietà privata, è un argomento tradizionale dei critici del comunismo, da Aristotele e Tommaso alla «tragedia dei commons» di Garret Hardin⁴⁹.

Ma l'odierno capitalismo finanziario, basato sulla libertà assoluta della proprietà di una ricchezza smaterializzata, non è solo socialmente ingiusto, ma anche economicamente inefficiente, come ha mostrato la grande crisi iniziata nel 2007, che dalla finanza si è trasferita all'economia reale.

Il problema è che non ha funzionato l'alternativa adottata dai sistemi del c.d. socialismo reale, quando la proprietà sociale di cui parlavano Marx e Lenin è diventata e rimasta, come si è visto, proprietà dello Stato, rinviando a un futuro indefinito l'avvento del comunismo. Oggi vanno piuttosto affrontati i temi, da un lato, dei criteri attraverso i quali i beni sono suscettibili di appropriazione privata, dall'altro, degli strumenti di controllo pubblico e sociale del potere privato⁵⁰.

Ma «quis custodiet ipsos custodes?», si domandava Hardin⁵¹. In fondo, era per rispondere a questa domanda che Platone aveva proposto per i guardiani la comunanza dei beni e dei figli.

La questione antropologica, il legno storto dell'umanità di cui parlava

⁴⁷ R. PIPES, *Property and Freedom*, New York, 1999, p. 281.

⁴⁸ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it., Roma-Bari, 2009.

⁴⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, pp. 465 ss.

⁵¹ HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., pp. 1245 s.

Kant⁵², induce in effetti a lasciare spazio all'interesse anche economico personale, a differenza di quanto pensava Marx. Ma il libero arbitrio deve essere indirizzato dall'esterno al bene comune, perché gli esseri umani, soprattutto se detengono potere politico ed economico, possono volgersi al male. Il loro potere va controllato, limitato, per alcuni beni probabilmente abolito.

9. *Un contro movimento culturale. Funzione sociale e beni comuni*

Queste considerazioni ci riconducono alle soluzioni prospettate dalle Costituzioni novecentesche, e, da noi, alla funzione sociale.

Le conseguenze giuridiche della clausola sociale sono state rilevanti.

Non è vero che si tratta di una formulazione ideologica, priva di sostanziale contenuto, come talvolta si è affermato. La sua rilevanza normativa, non solo concettuale, emerge sotto più aspetti.

In primo luogo essa ha operato nel giudizio di costituzionalità di interventi restrittivi della proprietà privata (e della libertà d'impresa). Nazionalizzazioni, indennità ridotte rispetto al valore di mercato, limitazioni della libertà contrattuale dei proprietari nell'interesse dei non proprietari, deroghe alla concorrenza nell'interesse pubblico: queste normative sono state considerate conformi a Costituzione dalla Corte costituzionale, in base appunto alle clausole sociali degli artt. 41 ss. Oggi sono vietate o abrogate dalle normative europee e nazionali, o giudicate illegittime dai giudici europei e nazionali.

In secondo luogo, la clausola sociale consente di capovolgere il rapporto tra regola ed eccezioni.

Le norme che limitano la proprietà non possono considerarsi «eccezionali», perché attuative del principio (la funzione sociale) che sostituisce quello del carattere tendenzialmente illimitato del diritto. Quindi si possono applicare a «casi simili o materie analoghe».

Lo stesso vale per l'attività interpretativa. Se questa deve essere, come si dice, «costituzionalmente orientata», tra diverse interpretazioni di una norma si deve scegliere quella conforme al principio sociale. Che è cosa diversa dalla banalizzazione della Costituzione, operata in tempi recenti dai giudici per attribuirsi il potere di decisioni equitative non previste dalla legge⁵³. Sul piano della teoria giuridica, l'elemento più rilevante è stato

⁵² Cfr. I. BERLIN, *Il legno storto dell'umanità*, trad. it., Milano, 1994.

⁵³ Ho esaminato questo tema in C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, pp. 27 ss.

il superamento della nozione unitaria di proprietà, formulata in termini tuttora condivisibili⁵⁴ nel noto saggio di Salvatore Pugliatti del 1953.

Le tendenze contemporanee sono orientate invece a riproporre un modello unitario di proprietà, comprensivo di nuovi beni, purché abbiano un valore economico sul mercato⁵⁵, e garantito di fronte all'intervento pubblico non nel loro contenuto giuridico, come secondo il tradizionale garantismo liberale, ma nella loro dimensione patrimoniale integrale⁵⁶.

Era invece giusto, e va riproposto, il ragionamento sulla proprietà al plurale, non solo sul piano sistematico, ma anche perché i beni appropriabili svolgono funzioni economico-sociali profondamente diverse.

E il punto di partenza resta la prima e fondamentale distinzione, quella tra i beni personali e beni produttivi valorizzata dai pensatori comunisti della modernità (da Morelly a Marx) e riproposta dal teorico della liberaldemocrazia John Rawls nella sua «teoria della giustizia»⁵⁷.

All'interno dei beni economici è altrettanto necessario distinguere tra beni produttivi di valore per la società, e beni fonte di speculazione e rendita (finanziaria e fondiaria). Per i primi il tema riguarda le forme di controllo politico e sociale, l'appropriazione privata⁵⁸ dei secondi non regge invece alla verifica della giustificazione: non alla verifica dell'efficienza economica, e tanto meno della libertà politica.

Queste considerazioni implicano un quadro narrativo e valoriale ben diverso da quello dell'odierno diritto della globalizzazione. È lecito quindi domandarsi se il richiamo al «vecchio» impianto, quello del costituzionalismo novecentesco, abbia ancora senso; e se il principio della funzione sociale sia ancora un punto di riferimento, quantomeno per una cultura critica.

⁵⁴ L'attualità dell'impostazione di Pugliatti è stata di recente ribadita da RODÒTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 476.

⁵⁵ Le linee di fondo del processo erano state già colte da J.R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo* (1924), trad. it., Bologna, 1982, pp. 49 ss.

⁵⁶ La vicenda inizia con la giurisprudenza della Corte suprema USA sulla *taking clause* negli ultimi decenni dell'800 e con quella dei giudici di Weimar negli anni Venti del secolo scorso, e culmina nelle garanzie previste per gli investimenti privati nell'odierna generazione dei trattati di commercio. Una ricostruzione in C. SALVI, *Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e costo dei diritti*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, III, Torino, 2016, pp. 2228 ss.

⁵⁷ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1982, pp. 226 ss.

⁵⁸ E la stessa rilevanza giuridica: si pensi ai c.d. derivati finanziari, che esistono giuridicamente non perché un contratto li crea, ma perché le legislazioni degli Stati hanno esplicitamente affermato la rilevanza giuridica di tali contratti, che pure in molte tipologie sono privi di causa e persino di oggetto.

Un contro movimento culturale c'è, e ha affrontato questo quesito⁵⁹, dando risposte diversificate: da chi la ritiene obsoleta (come l'intero quadro di valori delle costituzioni novecentesche), a chi si propone per varie vie di aggiornarla, in particolare raccordandola alle teoriche dei beni comuni⁶⁰. Viene valorizzata in questo quadro l'altra finalità dell'intervento legislativo indicata dal 2° comma dell'art. 42: quella di rendere la proprietà accessibile a tutti. A questo punto, diviene decisivo il riesame e la critica dell'elemento centrale della struttura proprietaria moderna: il diritto di escludere⁶¹. Come si coordina con il «diritto di includere», che costituisce, a me pare, l'aspetto centrale delle nuove teorie critiche?

10. *Individualismo possessivo o destinazione universale dei beni?*

Seguendo questa strada si incontra il nodo di quello che Böckenförde⁶² ha chiamato «il punto di partenza del capitalismo». Questo punto di partenza (principio che struttura il sistema) è il primato dell'individualismo proprietario, l'idea che intorno a una forma storicamente determinata di proprietà, individualista ed esclusivista, si sia realizzata la fine della

⁵⁹ Questa tematica è stata affrontata in più occasioni, dando vita a un interessante dibattito, dalla *Rivista critica del diritto privato*. Al «ritorno della funzione sociale della proprietà», in particolare, sono dedicati i saggi di L. Nivarra, U. Mattei e M.R. Marella nel n. 4 del 2013, pp. 503 ss. Per il primo, la funzione sociale è un truismo, ma anche un ossimoro, e il suo odierno «appassimento» è «la stessa cosa dell'appassimento della Costituzione», causato dalla dislocazione sovranazionale del diritto. Mattei parla di una «nuova primavera della funzione sociale», soprattutto in quanto legata alla tematica (e ai movimenti che la sostengono) dei beni comuni. Anche per Marella questo collegamento è oggi centrale, ma la funzione sociale, per essere attuale, va intesa in un significato e in una logica diversa da quelle proprie della fase dell'«attuazione costituzionale». Anche alcuni dei saggi raccolti sotto la voce «Studi sulla proprietà» nel n. 4 del 2016 affrontano questi temi. Particolarmente interessante è quello di Ferrari sul diritto a essere inclusi (v. nota 61).

⁶⁰ Ai beni comuni («l'opposto della proprietà») Rodotà dedica le ultime pagine della nuova edizione de *Il terribile diritto*, cit., pp. 459 ss. Tra gli scritti più recenti v. L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 43 ss.; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teorie e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016.

⁶¹ M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 568. Il tema è svolto in modo persuasivo da M. FERRARI, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 525 ss.

⁶² E.W. BÖCKENFÖRDE, *Di cosa soffre il capitalismo*, trad. it. in E.W. BÖCKENFÖRDE, G. BAZOLI, *Chiesa e capitalismo*, Brescia, 2010, pp. 27 ss.

storia⁶³. È un punto di partenza da rovesciare, dice Böckenförde, per sostituirlo con l'antica tradizione, conservata della dottrina sociale della Chiesa, per la quale i beni della terra sono destinati a tutti gli esseri umani, non ai primi che se ne impossessano, e la proprietà privata va subordinata a questo principio.

Per Böckenförde, nel pensiero di Giovanni Paolo II («il critico più acuto del capitalismo dopo Marx», egli scrive)⁶⁴ vi sono gli elementi che consentono di rendere attuale, e di andare oltre, la «giustificazione condizionata» della proprietà privata che caratterizza, come si è visto, la dottrina sociale della Chiesa.

Sul capitalismo, quel papa aveva sospeso il giudizio, come emerge dalla sua valutazione sull'«anno 1989», al quale è dedicato il capo III della *Centesimus annus*.

La fine del socialismo c.d. reale comporta la «fine della storia», la accettazione del capitalismo come modello da proporre universalmente? La risposta, dice Giovanni Paolo II, non può essere univoca, perché dipende dalla concezione del capitalismo che si affermerà in concreto. Se per «capitalismo» si intende un sistema economico che riconosce il ruolo del mercato e dell'impresa, «la risposta è certamente positiva». Se si intende invece un sistema nel quale la libertà economica «non è inquadrata in un solido contesto giuridico che la mette al servizio della libertà umana integrale», allora «la risposta è decisamente negativa». Il crollo del sistema comunista non basta a risolvere i problemi dell'emarginazione e dello sfruttamento. «C'è anzi il rischio che si diffonda un'ideologia radicale di tipo capitalistico... che ne affida fideisticamente la soluzione al libero sviluppo delle forze di mercato»⁶⁵.

Questo rischio oggi si è avverato, e papa Francesco ne ha tratto le conseguenze.

La sua critica degli effetti negativi della globalizzazione finanziaria e neoliberista è ampiamente svolta nella enciclica *Laudato si*.

Un capitolo è dedicato alla «destinazione comune dei beni»: «il principio della subordinazione della proprietà privata dei beni e, perciò, il diritto universale al loro uso, è una regola d'oro del comportamento sociale, e il primo principio di tutto l'ordinamento etico-sociale»⁶⁶. È il ritorno dell'antica idea della destinazione universale dei beni che può fondare il rovesciamento del punto di partenza del capitalismo?

⁶³ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 28.

⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, *Di cosa soffre il capitalismo*, cit., p. 33.

⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Lett. Enc. Centesimus annus*, 1991, n. 42.

⁶⁶ FRANCESCO, *Lett. Enc. Laudato si*, 2015, n. 93.

*Da Tommaso a Locke:
il lungo Medioevo della proprietà privata**

SOMMARIO: 1. Francesco e Tommaso – 2. Tommaso e il lungo Medioevo – 3. Locke: proprietà individuale e libertà, un unico diritto – 4. Locke e il Patriarca. Proprietà borghese e proprietà aristocratica – 5. Locke e la rivoluzione che non scoppiò – 6. Le pecore mangiano gli uomini – 7. “Etica” protestante? Lutero e Calvino – 8. Una teoria dei diritti naturali che convinca sia il povero che il ricco.

1. *Francesco e Tommaso*

“Si era quasi all’anno terzo dopo il mille quando nel mondo intero ogni popolo della cristianità faceva a gara con gli altri per avere una chiesa più bella. Pareva che la terra stessa, come scrollandosi e liberandosi della vecchiaia, si rivestisse tutta di un candido manto di chiese”. La costruzione degli edifici sacri raccontata da Rodolfo il Glabro, che scriveva in quegli anni, segnala, nel periodo dopo il mille, l’inizio di una fase economica nuova¹.

Dapprima quella che gli storici hanno chiamato “rivoluzione agraria”, poi la conseguente “rivoluzione commerciale” del Basso Medioevo, basata sul rinnovato ruolo della città e del mercato, determinano rapporti economici e sociali espansivi e dinamici, dopo la stasi plurisecolare seguita alla caduta dell’impero romano².

La crescita della ricchezza sconvolge i modi di vita tradizionale, sorgono nuovi ceti sociali e nuove professioni; ma cresce anche il numero dei poveri, masse di mendicanti che possono diventare una minaccia sociale. La nuova aristocrazia del denaro convive con la tradizionale aristocrazia feudale, fondata sul potere (economico, sociale, politico) sulla terra e sui contadini che la coltivano³.

Con il *Decretum* di Graziano (1140-1142) entra nel diritto della

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, pp. 187-208.

¹ Le “Storie” di Rodolfo il Glabro sono state tradotte con il titolo “*Cronache dell’anno mille*”, a cura di G. Cavallo e G. Orlandi, Milano, 1990, 2^a ed., p. 133.

² R.S. LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del medioevo*, Torino, 1975.

³ Cfr. J. LE GOFF, *La civiltà dell’Occidente medievale* (1967), trad. it., Torino, 1981, pp. 96 ss.; G. DUBY, *Le origini dell’economia europea* (1973), trad. it. Roma-Bari, 1975, pp. 203 ss.

Chiesa⁴ la distinzione, che sarà poi declinata in molteplici varianti nei secoli successivi dalla dottrina cristiana, fino ai giorni nostri, tra diritto divino e diritto umano della proprietà.

“Iure divino” i beni sono comuni (*pauperes et divites Deus uno limo fecit*); “iure humano” è introdotta la proprietà privata (per *iura regum possidentur possessiones*): così la Distinzione VIII, I.

Ma la contraddizione tra la legge divina, per la quale tutte le cose sono comuni, e il diritto positivo che invece prevede la proprietà privata, diviene sempre più evidente, così come sempre più evidente appare ciò che avevano detto Basilio e Ambrogio⁵ nel IV sec.: ciò che per la legge divina va a beneficio di tutti, per quella umana è a vantaggio di pochi. La contraddizione – sopita nell’economia statica dei “secoli bui” – è ora resa acuta dal rapido aumento della ricchezza di pochi, dal diffondersi dell’istituto proprietario oltre gli schemi dell’economia chiusa, dall’ampliamento abnorme delle diseguglianze.

Si ripropone la radicalità evangelica dei primi tempi: patarini, valdesi, Arnaldo da Brescia, i seguaci di Fra Dolcino inaugurano una lunga stagione di eresie egualitarie, duramente represses dal potere politico ed ecclesiastico.

Francesco d’Assisi – figlio di un ricco mercante, egli stesso, come Pietro Valdo, mercante pentito – e i suoi confratelli praticano la povertà nella loro vita comune, ritenendo di riproporre l’insegnamento e la vita cristiana dei primi tempi. Nelle controversie successive alla morte di Francesco la Chiesa condannerà come eretica l’affermazione che Cristo e gli apostoli “*nihil proprium habuisse*” (1324), ma tenne ferma l’idea della destinazione universale dei beni da parte di Dio: come aveva detto Graziano, la “*divisio rerum*” è un istituto di diritto umano, non divino. Parallelamente, la “apologia della povertà”⁶ accompagnò il movimento di riforma ecclesiale delineatosi dall’ XI secolo, e venne poi riconosciuta l’ortodossia di ordini mendicanti come francescani e domenicani. Sono le

⁴ La “*concordia discordantium canonum*”, più nota come “*Decretum Gratiani*”, rimase testo di riferimento del diritto canonico fino alla codificazione del 1917. Edizione critica di E. Friedberg, Lipsia, 1879, rist. anastatica Graz, 1959.

⁵ Per Ambrogio “tutte le cose Dio dà in comune a tutti, perché un medesimo sole sorge per tutti, per tutti cade la pioggia e a tutti diede la terra”. I testi dei primi padri sulla proprietà privata sono ampiamente riportati da L. ORABONA, *Cristianesimo e proprietà*, 1964 (per Ambrogio, 126 ss.; per Basilio, 73 ss.) che tenta peraltro un’impossibile conciliazione tra le affermazioni di Ambrogio e Basilio e quelle, che vanno nella direzione opposta, di Agostino (v. oltre, nota 8).

⁶ LE GOFF, *La civiltà dell’Occidente medievale*, cit., p. 98.

contraddizioni di un'epoca nuova, che richiedono una sistemazione rinnovata e organica del lascito dei Padri.

Il compito è affrontato da Tommaso nella *Somma teologica*⁷.

I primi due articoli della Questione 66 (sul furto e la rapina) della Seconda parte (la giustizia) della Seconda parte (le azioni umane) costituiscono un piccolo trattato sulla proprietà. I quesiti sono: se il possesso dei beni esterni sia per l'uomo naturale, se sia lecito possedere come propria una data cosa.

Quanto al primo, Tommaso afferma che il possesso dei beni esterni non è naturale per l'uomo, perché le cose create appartengono a Dio, che le ha consegnate a tutta l'umanità. Gli uomini possono però farne uso, perché Dio stesso ha ordinato che alcune cose servano al sostentamento corporale dell'umanità.

Affermata così la legittimità dell'appropriazione collettiva di beni naturali da parte dell'uomo, Tommaso nell'art. 2 affronta il secondo quesito, concernente l'appropriazione individuale dei beni.

Egli cita le opposte opinioni di Basilio e Ambrogio da un lato, e dall'altro di Agostino⁸. La soluzione di Tommaso è che la divisione individuale dei beni non dipende dal diritto naturale, ma da una convenzione umana, dal diritto positivo. Per Tommaso, la proprietà privata è uno sviluppo della legge naturale "rationis humanae".

Qui è la prima novità che egli introduce: non è il peccato originale in sé alla base della proprietà privata, ma la ragione umana. Gli argomenti sono gli stessi che Aristotele⁹ (ripreso quasi testualmente) aveva usato nelle sua critica al "comunismo" platonico.

Bisogna distinguere, dice Tommaso, tra l'acquisizione e gestione dei beni (potestas procurandi et dispensandi) e l'uso di essi. Sotto il primo aspetto, è lecito e anzi necessario alla vita umana possedere beni propri, per tre ragioni: la gestione privata è più efficiente, assicura la certezza del

⁷ Della *Summa Theologiae* la traduzione più recente è in 4 volumi, Bologna, 2015. La Questione 66 è nel vol. 3°.

⁸ La ricchezza è "magnum et mirabile donum Dei" [cfr. L. ORABONA, *Cristianesimo e proprietà*, Roma, 1964, pp. 166 ss.; P. BROWN, *Per la cruna di un ago* (2012), trad. it., Torino, 2014, p. 725]. Per Agostino la proprietà privata è conseguenza del peccato originale che ha corrotto la natura umana. Ne deriva il potere dell'imperatore di istituirla e regolarla, e il correlativo dovere di obbedire al diritto dello Stato. E. TROESCHL, *Le dottrine sociali delle chiese e dei gruppi cristiani* (1912), trad. it., Firenze, 1949 (2ª ed.) parla di un "diritto naturale aristocratico" di Agostino, contrapposto a "un diritto naturale di comunismo, di libertà, d'uguaglianza" nei Padri del secolo IV (p. 464).

⁹ ARISTOTELE, *Politica*, II, 5; trad. it. a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 1993, pp. 37 ss.

diritto ed è una migliore garanzia della pace sociale, rispetto a quanto accadrebbe con la comunanza dei beni.

Per quanto riguarda invece l'uso dei beni, l'uomo non deve considerare le cose come esclusivamente proprie, ma "ut communes", affinché siano a disposizione delle necessità di altri.

Tommaso quindi, da un lato, utilizza l'autorità di Aristotele contro le tendenze comunistiche o pauperistiche, dall'altro attribuisce al proprietario un dominio non assoluto, perché intrinsecamente legato al dovere di usare la cosa nell'interesse di tutti, e in particolare dei non abbienti.

Da Tommaso fino ai giusnaturalisti compresi, il pensiero europeo affermerà contestualmente il principio della destinazione universale dei beni e il riconoscimento condizionato della proprietà privata. Con l'affermazione piena del capitalismo e la secolarizzazione del diritto, a partire dalla seconda metà del Settecento, scomparirà la dimensione religiosa, e con essa quella sociale. L'individualismo proprietario segnerà così la sua vittoria storica.

2. Tommaso e il lungo Medioevo

Nel periodo che va dal Basso Medioevo alla fine del Settecento, chiamato da Le Goff il "lungo Medioevo"¹⁰, e per il quale Voltaire e poi Marx hanno parlato di feudalesimo¹¹, l'ordine politico, economico e sociale è caratterizzato da un principio di mutua obbligazione tra le persone e tra le classi, sconosciuto alle formazioni economico-sociali precedenti.

Il feudalesimo rafforzò l'autorità dei proprietari terrieri, attribuendo loro poteri di governo, ma affermò anche la solidarietà fra i membri della comunità. Nessuno (padrone o servo che sia) può pretendere di esercitare un diritto nei confronti di un altro uomo senza assumere, contemporaneamente, una responsabilità nei suoi confronti¹².

Si è parlato di "reicentrismo"¹³: dalle cose, dalla terra in particolare, promana un ordine, che deve essere rispettato.

¹⁰ J. LE GOFF, *Il tempo continuo della storia* (2014), trad. it., Roma-Bari, 2014, pp. 97 ss.

¹¹ Del senso molto ampio che Voltaire dava al termine feudalesimo parla M. BLOCH, *La società feudale* (1939), trad. it., Torino, 1981, p. 491. Per Marx v. *Forme economiche precapitalistiche* (1857-8), con introduzione di E.J. Hobsbawm, trad. it. Roma, 1970 (3^a ed.).

¹² LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del medioevo*, cit., pp. 63 s.

¹³ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

L'attività artigiana e proto industriale, a sua volta, è organizzata in corporazioni che disciplinano i diversi settori, e nelle quali una rete di obbligazioni reciproche lega i capi delle botteghe, i loro collaboratori (i "compagni"), gli apprendisti.

Ogni idealizzazione di questi rapporti sociali va naturalmente esclusa. La maggior parte dei signori tendeva a sottrarsi alle proprie responsabilità, e a imporre spietatamente i propri diritti economici e politici¹⁴. Sanguinose rivolte contadine, sempre duramente represses, caratterizzarono l'intero "lungo Medioevo".

A loro volta, i lavoratori salariati erano esclusi dalle protezioni del sistema corporativo, come i "ciompi" (il "popolo di Dio") che si ribellarono a Firenze nel 1378.

La formazione dello Stato assoluto, e poi il mercantilismo (secondo il termine usato per indicare le politiche di regolazione statale dell'economia adottate dagli stati europei, e in particolare da Inghilterra e Francia, a partire da Cromwell e Colbert fino alla fine del '700), non modificarono la logica del sistema, e la sua concettualizzazione. "Il mercantilista era interessato allo sviluppo delle risorse del paese attraverso il commercio, l'organizzazione tradizionale di terra e lavoro era data per scontata"¹⁵.

Come ha scritto Bloch¹⁶, i diritti del signore sui contadini e sulle terre rimangono per lo più, nell'essenziale, sotto Luigi XVI gli stessi che sotto San Luigi.

L'analisi di Polanyi¹⁷ ha mostrato come solo con lo sviluppo della rivoluzione industriale, ossia dall'inizio del XIX secolo, è possibile interpretare l'economia attraverso le leggi moderne della domanda e dell'offerta, le categorie del costo e del profitto. Nell'età precedente, la produzione e circolazione di beni e risorse non avviene in base a quelle leggi e categorie, ma attraverso modalità socialmente condivise, e decisioni politiche, imposte, se del caso, con l'uso della forza.

L'idea stesa, poi divenuta dominante, dell'economia come un sistema di rapporti tra uomini e classi regolato da leggi naturali, che i governi devono rispettare, risale alla seconda metà del Settecento: il Tableau éco-

¹⁴ LOPEZ, *La rivoluzione commerciale del medioevo*, cit., p. 64.

¹⁵ K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), Boston, 2001, p. 74 (trad. it. Torino, 1974).

¹⁶ M. BLOCH, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française* (1931), Paris, 1952 (2^a ed.), pp. 107 ss.

¹⁷ POLANYI, *The Great Transformation*, cit., pp. 136 ss.

nomique di F. Quesnay è del 1758¹⁸, l'Inquiry di Smith del 1776¹⁹.

Fino ad allora, l'impianto di Tommaso rimane attuale. La terra è di Dio, e gli uomini non ne hanno il dominio assoluto, perché alla proprietà si accompagnano doveri sociali.

In questo modo, da un lato si descrivono le caratteristiche fondamentali dell'ordine economico e sociale, dall'altro si richiamano tutti a rispettarlo: i ricchi ad adempiere le proprie obbligazioni sociali, i poveri a non mettere in discussione la proprietà privata, istituzione legittima, ancorché di diritto umano e non divino.

È da quell'impianto che partiranno i giusnaturalisti per cercare un fondamento più solido alla giustificazione della proprietà privata di tipo proto capitalistico che comincia a svilupparsi nell'Olanda e nell'Inghilterra a partire dal '600.

Ma alla sistemazione di Graziano e di Tommaso si riferiranno anche, sul versante opposto, i movimenti popolari di contestazione dell'ordine sociale, e i pensatori che ne costruiscono l'ideologia.

3. *Locke: proprietà individuale e libertà, un unico diritto*

“Forse che il lavoro salariato, il lavoro da proletario, gli procura proprietà? In nessun modo. Quel lavoro salariato non genera che capitale”²⁰. L'ovvia osservazione di Marx ed Engels non ha impedito che il pensiero di Locke, che invece giustifica la proprietà privata attraverso il lavoro personale, sia stato centrale nella fase di fondazione del diritto moderno, e sia stato poi riproposto negli ultimi decenni.

Da Locke derivano le formulazioni della Dichiarazione di indipendenza e della Dichiarazione dei diritti USA, così come la Dichiarazione dei diritti della Rivoluzione francese. Ancora ai giorni nostri, si richiamano alla sua teoria le posizioni che affermano il nesso indissolubile tra proprietà e libertà²¹.

¹⁸ Trad. ital. a cura di M. Ridolfi, Milano, 1973.

¹⁹ A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, trad. it. con introduzione di M. Dobb, Milano, 1973.

²⁰ K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, trad. it. con introduzione di D. Losurdo, Roma-Bari, 2009 (8ª ed.), p. 27.

²¹ Così i più influenti autori del neoliberismo giuridico: ad es. R. NOZICK, *Anarchia Stato e utopia* (1974), trad. it., Firenze, 1981, pp. 185 ss., per fondare lo “Stato minimo” oppure R.A. EPSTEIN, *Takings*, Cambridge (Ma), 1985, pp. 9 ss., per giustificare la

Al tempo stesso, vivace è il dibattito, soprattutto nei paesi anglosassoni, su quello che Locke ha “veramente” detto²²; ed è stata contestata l’interpretazione storiografica prevalente, che vede nel suo pensiero l’espressione ideologica della borghesia in ascesa e dei valori capitalistici²³, sottolineando invece la presenza di una dimensione sociale nella sua trattazione della proprietà.

Le ragioni della centralità mantenuta dal pensiero di Locke non risiedono peraltro nella giustificazione della proprietà attraverso il lavoro personale, bensì nel fatto che è egli il primo autore che vede nella proprietà individuale una manifestazione della libertà, e ne afferma la prevalenza sullo Stato, tenuto a garantirla. Rispetto a Grozio e Pufendorf (gli altri fondatori del giusnaturalismo moderno), la novità è che l’istituzione della proprietà privata (rispetto all’originaria situazione di comunanza dei beni) non deriva dal consenso, da un patto esplicito o implicito, come in quegli autori, ma dalla considerazione della natura umana alla luce della ragione.

È un punto importante per Locke: egli chiarisce subito che la sua dimostrazione esclude che alla base della proprietà vi sia stato “un contratto tra i membri della società”²⁴. Il motivo è chiaro: da un lato, l’argomento di un’antica divisione consensuale è una “poco consolante considerazione”²⁵ per chi oggi non ha nulla; dall’altro, un patto o convenzione può anche essere modificato, perché non possiamo considerarci vincolati alle (peraltro indimostrate) decisioni dei nostri antenati. Così aveva persuasivamente argomentato Robert Filmer, il teorico dell’assolutismo contro il cui “Patriarca”²⁶ Locke scrive i *Due trattati sul governo* (v. il § seguente).

Locke osserva, all’inizio del suo celebre esame della proprietà nel Secondo trattato, che “Dio, che ha dato il mondo agli uomini in comune,

garanzia patrimoniale piena della proprietà privata.

²² Cfr. *Locke’s political liberty: readings and misreadings*, a cura di C. Miqueu e M. Chame, Oxford, 2009; E.F. PAUL, *Property Rights and Eminent Domain*², NewBrunswick-London, 2008, pp. 195 ss.

²³ C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese* (1962), trad. it., Milano, 1982 (2^a ed.); P. GROSSI, voce *Proprietà (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 228, parla di “operazione lucidissima della coscienza borghese”.

²⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 1948; Secondo Trattato, V, 25.

²⁵ Dirà un secolo dopo MORELY, *Codice della natura*, trad. it. a cura di E. Piscitelli, Torino, 1975, p. 89.

²⁶ La trad. it. del “Patriarca” è in appendice alla trad. di Locke, cit. sopra, nota 24, pp. 441 ss.

ha anche dato loro la ragione” (V, 26); ed è alla luce della ragione che Locke svolge la sua nota argomentazione: l'uomo ha la proprietà sulla propria persona, e poiché il lavoro è una funzione della persona (oltretutto comandata da Dio), quella proprietà si estende alle cose alle quali “ha congiunto il proprio lavoro”, ed è quindi una manifestazione della libertà che si ha sulla propria persona.

Tuttavia in Locke sono presenti due argomenti contraddittori rispetto alla logica dell'individualismo possessivo.

Il primo lo si è già segnalato: una giustificazione della proprietà privata è resa necessaria dal fatto che “sia la ragione naturale che la rivelazione divina” sembrano dire che “la terra appartiene agli uomini in comune” (V, 25). Una premessa (condivisa da Grozio e Pufendorf)²⁷, sulle cui ragioni tornerò, ma che certo non facilita la persuasività del ragionamento.

Il secondo (e quello che più ha fatto discutere) è il limite posto al principio dell'appropriazione attraverso il lavoro, che vale purché restino per gli altri uomini beni “sufficienti e altrettanto buoni” (V, 27; v. anche 33, 51).

Queste che sembrano contraddizioni interne alla sua argomentazione, derivano dalle ragioni stesse del suo scritto: la polemica sui due fronti dell'assolutismo monarchico e del comunismo, entrambi molto forti nell'Inghilterra del '600 (v. oltre, §§ seguenti).

L'importanza della dottrina di Locke risiede in effetti nella connessione che egli instaura tra libertà e proprietà da un lato, e Stato rappresentativo governato dai ceti proprietari dall'altro. Se il fine principale dello Stato è la conservazione della proprietà privata, il “potere supremo” può anche togliere la vita, comminando la pena di morte, ma “non può togliere ad alcuno parte della sua proprietà senza il suo consenso”. Come ha osservato Kelsen²⁸, “se la libertà individuale è il principio fondamentale della

²⁷ Locke ha in comune con Grozio e Pufendorf la premessa della comunanza dei beni nella condizione originaria dell'umanità; se ne differenzia perché esclude espressamente che la proprietà privata sia nata per un accordo tra gli uomini. Per quanto riguarda il primo aspetto, Grozio (che esamina il tema nei capitoli iniziali del *De Jure belli ac pacis*) abbandona la tesi della teologia protestante sulle origini della proprietà privata nel peccato originale e nel Decalogo (v. oltre, nota 45) e ritorna a un'impostazione vicina a quella di Tommaso: Dio attribuì, come risulta dalla Genesi, i beni della terra agli uomini in comune: “erant omnia communia et indivisa omnibus”; la divisione dei beni è di diritto umano, avvenne “non animi actu solo, sed pacto quodam aut expreso aut tacito”. Questo accordo va poi rispettato per il principio (di diritto naturale) “pacta sunt servanda”. Simile è la posizione di Pufendorf (che tratta “de origine dominii” nel l. IV, cap. 4 del *De jure naturae et gentium*).

²⁸ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, trad. it. in ID., *La democrazia*⁴, Bologna, 1984, pp. 364 ss.

democrazia e la proprietà individuale la base del capitalismo, si potrebbe affermare che vi è un rapporto essenziale tra democrazia e capitalismo, dimostrando che esiste una unione necessaria tra proprietà e libertà”. Questa dimostrazione è stata tentata per la prima volta da Locke, dice Kelsen, il quale peraltro non se ne mostra affatto convinto: partendo dal diritto naturale, egli osserva, Morelly un secolo dopo giunse nel “Codice della natura”²⁹ all’opposta conclusione che la natura umana richiede la comunanza dei beni.

Ma nella storia dei rapporti economici e sociali, Locke è il vincitore, e Morelly lo sconfitto: ed è ciò che spiega la perdurante fortuna del pensiero del primo.

4. Locke e il Patriarca. Proprietà borghese e proprietà aristocratica

Assolutismo e comunismo sono forze attive nell’Inghilterra del ’600: Locke si muove tra i due fronti, e ciò spiega in parte quelle che oggi appaiono contraddizioni o limiti del suo pensiero.

Il primo fronte è l’assolutismo monarchico. I “due trattati sul governo” furono redatti con il dichiarato intento di confutare le tesi sostenute nello scritto di Robert Filmer, il Patriarca³⁰, pubblicato postumo nel 1680 e molto apprezzato dai sostenitori del potere assoluto del re nella lotta contro il Parlamento (sciolto da Carlo II nel 1679).

Anche Filmer parte dalla Bibbia, ma per sostenere il diritto divino dei re, compreso quello sui beni dei privati (il problema politico, com’è noto, riguardava soprattutto l’appartenenza al Re o al parlamento del potere di imposizione tributaria).

Per Filmer, Dio diede il dominio sulla terra prima ad Adamo e poi a Noè, in quanto capifamiglia; e quel potere si è poi trasmesso ai monarchi. Nel Primo trattato, Locke critica questa impostazione a colpi di citazioni della Genesis: il dominio fu dato da Dio ad Adamo e alla sua stirpe e poi a Noè e ai suoi figli, quindi a tutta l’umanità, non ai patriarchi in quanto individui.

Si spiega anche con questa esigenza polemica la scelta di Locke di tener ferma la tesi, tradizionale nel pensiero cristiano, della destinazione universale dei beni da parte di Dio.

²⁹ V. sopra, nota 25.

³⁰ V. sopra, nota 26.

Sullo sfondo della polemica esplicita con Filmer è forse la contestazione di un avversario più insidioso, l'autore del *Leviatano*.

Per giustificare la sua teoria della proprietà, Hobbes non ricorre ad alcun riferimento biblico o religioso (risultò così sgradito tanto ai cattolici in Francia, dove si era rifugiato, quanto agli anglicani, e non fu mai assunto come testo di riferimento dai sostenitori degli Stuarts). Per Hobbes³¹, com'è noto, la proprietà privata, anche nella narrazione storica delle sue origini, viene dopo, non prima rispetto allo Stato; è anzi una creazione dello Stato, al quale gli uomini avevano conferito i loro diritti per evitare la "guerra di tutti contro tutti". Il sovrano può quindi liberamente disporre dei beni privati (tassando e confiscando), senza che sia necessario il consenso dell'interessato o dei suoi rappresentanti.

Nell'Inghilterra della seconda metà del '600 il potere del sovrano non era però più visto come una garanzia delle prerogative proprietarie (anzi, la monarchia svolgeva una opera di mediazione tra le classi; gli Stuarts, continuando una tradizione risalente ai Tudors, tentarono di porre un freno alla chiusura dei fondi e all'appropriazione delle terre comuni). Anche in questo ruolo della monarchia sono le origini delle rivoluzioni inglesi, culminate con la sostituzione della dinastia e con la Dichiarazione dei diritti del 1689 (Locke pubblica l'anno successivo i *Trattati sul governo*).

I ceti proprietari inglesi si svincolano così dalla subordinazione al potere monarchico, e ricorrono a nuovi argomenti e nuovi strumenti per contrastare i movimenti sociali antiproprietari.

Nell'Inghilterra di Locke (come nell'Olanda di Grozio) inizia l'ascesa della borghesia, e quindi la valorizzazione dell'utilizzazione produttiva dei beni (la "etica protestante": v. oltre, § 7).

Si spiega allora come la proprietà sia considerata espressione di libertà, ma in quanto basata sul lavoro personale: i nuovi ceti produttivi si contrappongono a chi non ha la proprietà, ma distinguono anche la loro proprietà da quella parassitaria della nobiltà.

Dove invece l'aristocrazia consolida il suo potere politico ed economico, come nella Spagna della "rifeudalizzazione nobiliare", la mentalità produttiva è rifiutata, e il lavoro disprezzato³². È in questo diverso contesto che si sviluppa la teoria della proprietà della seconda scolastica³³. Questa

³¹ T. HOBBS, *Leviatano*, II, 18 (trad. it. a cura di T. Magri, Roma, 1982, pp. 112 ss.).

³² Cfr. C. PERROTTA, *Paura dei beni*, Milano, 2008, pp. 121 ss.

³³ Cfr. P. GROSSI (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Padova, 2014.

rielabora la dottrina tomistica e sottolinea il carattere “naturale” del *dominium*, non in quanto espressione di libertà, ma dell’idea del *proprium* infusa da Dio in tutti gli uomini (secondo alcuni autori, anche prima del peccato originario).

Rispetto a Tommaso, l’attenzione si sposta dall’esercizio (con i connessi doveri sociali) alla titolarità del diritto³⁴. La dimensione sociale passa in secondo piano: la proprietà, tutte le proprietà, e la superiorità sociale che ne deriva, sono ricondotte da questo filone di pensiero alla natura umana, quale voluta da Dio. E tuttavia nella Spagna aristocratica la concezione protestante della povertà, come stato di dannazione da disciplinare e reprimere, strettamente legata a quella proprietaria (v. oltre, § 7) non prende piede: lusso e spreco convivono con l’assistenza caritatevole in misura sconosciuta nell’Europa del capitalismo nascente. È una deformazione del modello tomistico, destinata a essere travolta dalla storia.

5. Locke e la rivoluzione che non scoppì

“Alla metà del Seicento vi furono in Inghilterra due rivoluzioni. Quella che si impose istituì i diritti della proprietà, diede il potere politico agli abbienti e rimosse tutti gli ostacoli che si frapponevano al trionfo dell’etica protestante. Vi fu però un’altra rivoluzione, che non scoppì mai, ma che di tanto in tanto incombeva minacciosa. Essa avrebbe potuto istituire la proprietà comune, una democrazia assai più ampia, rifiutando l’etica protestante”³⁵.

Locke, l’ideologo della prima rivoluzione, probabilmente teneva conto della minaccia rappresentata dalla seconda, quando sottolineava che beni “sufficienti e altrettanto buoni” erano a disposizione di tutti, non solo di coloro che se ne erano già appropriati (v. sopra).

Dei due movimenti politici “di sinistra” che tentarono “l’altra rivoluzione”, quello dei Livellatori non rifiutava la proprietà privata, ma ne chiedeva una redistribuzione egualitaria.

Quando nel 1647 Cromwell riunì a Putney i rappresentanti del suo Esercito per discutere la costituzione da dare all’Inghilterra dopo la scon-

³⁴ P. GROSSI, in ID. (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, cit., p. 219.

³⁵ Così C. HILL, nel suo libro *Il mondo alla rovescia* (1972) trad. it. Torino, 1981, dedicato alle idee e ai movimenti rivoluzionari nell’Inghilterra del ’600.

fitta del re³⁶, gli esponenti dei Livellatori chiesero, inutilmente, il suffragio (quasi) universale.

Il loro oratore più autorevole, il colonnello Rainbournough, insisteva sulla premessa: Dio ha creato gli uomini liberi ed eguali, perché allora solo i proprietari possono votare? Il soldato ha combattuto per dare ai ricchi il potere di renderlo uno schiavo per sempre? La risposta di Ireton, a nome di Cromwell, preannuncia Locke: il soldato ha combattuto per il diritto di essere governato da un Parlamento di proprietari invece che dalla volontà del re; e ha fatto bene, perché ora è libero di diventare lui stesso un proprietario.

Più drastica la posizione del fondatore e leader degli Zappatori, Gerrard Winstanley³⁷: per lui, nel “Paradiso dei fedeli” (1648), “il libero possesso della terra appartiene per diritto ai poveri, secondo la legge della creazione e secondo la giurisprudenza delle scritture. La terra non fu fatta per pochi, ma per l'intera umanità, e Dio non fa privilegi”. La proprietà privata è intrinsecamente anticristiana.

Coltivazione comune della terra, istruzione generalizzata, suffragio universale costituiscono la piattaforma politica da lui esposta nel “Piano della legge di libertà”. Interessante è notare che egli era contrario anche alla proprietà intellettuale (teorizzata invece da Locke). I sapienti accademici che monopolizzavano la conoscenza sono come i proprietari che monopolizzavano la terra.

Con Winstanley, i progetti utopici del “mondo perfetto” divengono il programma di un movimento popolare pericoloso per i vecchi come per i nuovi ceti proprietari.

6. *Le pecore mangiano gli uomini*

Il radicalismo agrario inglese aveva avuto già una manifestazione minacciosa negli anni della costituzione della Chiesa anglicana. Da un lato, i proprietari terrieri recingono i campi e pascolano le loro greggi sulle terre comuni.

Dall'altro, il re avvia l'espropriazione dei monasteri, che svolgevano una importante funzione sociale di assistenza ai contadini poveri.

³⁶ V. *I dibattiti di Putney*, trad. it., a cura di V. Gabrieli, Roma, 2012.

³⁷ G. WINSTANLEY, “*The Saints Paradise*”, nei *Complete Works*, a cura di T.N. Corns et al., Oxford (UK), 2009, I; “*The Law of Freedom in a Platform*”, *ivi*, II.

Sono i primi embrioni della “grande trasformazione”, che danno luogo a rivolte contadine, in nome delle tradizioni consuetudinarie e religiose: il Pellegrinaggio di grazia nel 1536-1537, la rivolta di Ket del 1549.

Allo sguardo attento di Thomas More non sfuggono le inquietanti implicazioni della novità introdotte dalla monarchia e dai nobili.

La descrizione dell’isola dove non esiste la proprietà privata, nel secondo libro dell’*Utopia*, è preceduta, nel primo libro, da un lungo dialogo, sul modello platonico³⁸.

Ne sono protagonisti Raphael Hythloday (immaginario compagno di viaggio di Amerigo Vespucci) e il cardinale John Merton, arcivescovo di Canterbury e Lord Cancelliere sotto Enrico VII: personaggio realmente esistente, anche se già morto quando fu scritta l’*Utopia*, e maestro di More.

La causa del dilagare della criminalità e della miseria sono molto concrete, secondo il viaggiatore: l’espansione dell’allevamento ovino, che espelle i contadini dalle campagne, l’avidità dei grandi proprietari, che li priva dei loro antichi diritti, le guerre volute dal re per accrescere la sua potenza: mali che hanno la loro origine nella proprietà privata. La soluzione è in una società basata sul comunismo e sulla pace, come quella da lui vista nell’isola di Utopia.

Il fenomeno sociale più grave è la recinzione dei campi. “I nobili, i signori e persino alcuni abati, non soddisfatti di vivere tra ozio e splendori senza essere di alcun vantaggio al pubblico, cingono ogni terra di staccionate ad uso di pascoli, senza nulla lasciare alla coltivazione... I contadini, irretiti da inganni o sopraffatti dalla violenza, vengono cacciati via, e ridotti alla miseria”.

Da qui l’invettiva: “le vostre pecore, che di solito sono così mansuete e parche, cominciano a essere così voraci da mangiarsi financo gli uomini, da devastare campi, case e città”.

Con sorpresa degli astanti, il cardinale non contesta affatto la critica del viaggiatore; non condivide però la soluzione. Se Hythloday afferma di ritenere nel giusto Platone (“non è possibile che prosperino le cose dei mortali, senza abolire del tutto la proprietà privata”: così ne viene riassunto il pensiero), il cardinale risponde con gli argomenti di Aristotele (senza citarlo): il comunismo non può assicurarne né l’efficiente utilizzo dei beni, né la pace sociale.

Comunismo platonico e utilitarismo aristotelico: i due poli del dibattito sulla proprietà³⁹ sono riproposti con eleganza da More in un testo molto

³⁸ T. MORO, *Utopia*, trad. it. a cura di T. Fiore (1942), 8^a ed. Roma-Bari, 1991, pp. 24 ss.

³⁹ Come intesi successivamente: in realtà né Platone era per un comunismo integrale,

più moderno di quanto talvolta si ritenga: non nostalgia del Medioevo, ma critica dei primi elementi di sviluppo capitalistico nella società inglese, e prefigurazione di una società diversa e inedita. La critica alla proprietà privata è collegata ai problemi economici, politici e morali della nascente modernità, non alla nostalgia del passato. Questo carattere, che potremmo dire laico, del pensiero di More pone piuttosto un problema, difficile da risolvere.

Nel Medioevo la critica della proprietà privata si presentava in veste religiosa; More ne prescinde invece del tutto (nell'isola di Utopia del resto vige la tolleranza religiosa, e anche gli atei – a differenza che in Locke – hanno il diritto di esporre le loro opinioni, anche se non in pubblico). Come si concilia questa impostazione con la sua difesa intransigente del cattolicesimo e dell'autorità papale, che lo condusse alla condanna a morte ad opera di Enrico VIII, e lo ha fatto proclamare santo dalla Chiesa cattolica?

Aveva forse intuito More nell'etica protestante in formazione i germi di un ordine sociale, nuovo e individualistico, in radicale contrasto con quello da lui auspicato e che la tradizione cattolica avrebbe potuto invece accogliere?

7. "Etica" protestante? Lutero e Calvino

"Quanti periranno tra i contadini, saranno tutti anime dannate... Ferisca, scanni, strangoli chi può".

Così Lutero, nello scritto del 1525 "Contro le empie e scellerate bande dei contadini"⁴⁰, incita al massacro.

I contadini erano insorti in nome del Vangelo e della parola di Dio contro le usurpazioni dei loro "antichi diritti" da parte dei signori.

"È stato uso finora dei signori considerarci loro servi. Ciò è esecrabile, perché Cristo ci ha redenti e riscattati tutti, dal pecoraio fino al rango più elevato. Pertanto è dimostrato nelle Scritture che siamo liberi e desideriamo essere liberi" è scritto nei "Dodici articoli" di Memmingen (1525), che contengono il programma (peraltro abbastanza moderato) della rivolta⁴¹.

Secondo gli auspici e i metodi suggeriti da Lutero, la ribellione fu repressa. Migliaia di contadini e popolani furono uccisi durante e dopo la

né Aristotele per una proprietà privata illimitata.

⁴⁰ In M. LUTERO, *Scritti politici*², a cura di L. Firpo e G. Panzieri Sala, Torino, 1959, pp. 484 ss.

⁴¹ Vedili in S. LOMBARDINI, *Rivolte contadine in Europa*, Torino, 1983.

rivolta; e un simile massacro ebbe luogo dopo la sconfitta degli anabattisti di Münster (1535), la cui posizione era più estremista: in nome della Bibbia predicavano il comunismo.

La virulenza della condanna da parte di Lutero è di solito spiegata con il timore che la causa della riforma religiosa potesse essere compromessa, presso i sovrani e i signori che la sostenevano, dall'identificazione con lo spirito di rivolta e di anarchia.

Sicuramente la tesi è fondata, ma va considerata anche l'antropologia luterana, la sua visione pessimistica dell'uomo, in contrasto con quella ottimistica di Francesco e Tommaso. Come già per Agostino⁴², la proprietà privata deriva per Lutero dal peccato originale, che ha irrimediabilmente pervertito la natura umana. Non è dunque alla natura o alla ragione umana che si può ricorrere per giustificarla, come secondo Tommaso, ma esclusivamente all'ordine di Dio nella Bibbia: il "non rubare" del VII Comandamento. Nei Dieci comandamenti, per i riformatori protestanti, va rinvenuta la vera e unica legge "naturale", tale perché voluta direttamente da Dio. Francesco non era certo malvagio, dice Lutero, ma la sua mente era debole: "o, per dire la verità, era un pazzo"⁴³.

Il VII Comandamento, e l'ordine dato da Dio ad Adamo e ai suoi discendenti di assoggettare il mondo e guadagnarsi il pane con il sudore della fronte, sono alla base dell'"etica" protestante del lavoro (che, secondo la nota tesi di Max Weber⁴⁴, accompagnò la nascita e lo sviluppo dell'economia capitalistica); Calvino ripropone, nel II libro della *Institutio*⁴⁵, gli argomenti di Lutero; vi aggiunge un elemento decisivo: il dovere del lavoro. Il lavoro che genera profitto è la testimonianza della grazia divina.

Gli "eletti" del calvinismo (una minoranza della popolazione) si riconoscevano (anche tra loro) dal successo nella vita economica.

I poveri, le classi subalterne, i non "eletti": peggio per loro, sono fuori dalla grazia di Dio, vanno governati e repressi.

Dai poveri può venire solo il male, sommosse e rivolte; quanti poi parlano di eguaglianza dei beni sono come "ubriachi che vomitano la più disgustosa bestemmia"⁴⁶.

⁴² V. sopra, nota 8.

⁴³ Citato da R. SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, London, 1951, p. 88.

⁴⁴ M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1904-5), trad. it., Firenze, 1970.

⁴⁵ L'edizione definitiva della *Institutio christianae religionis* è del 1559; trad. it. in 2 vv. a cura di G. Tourn, Torino, 2009, 2ª ed. Nel I vol. 2ª parte, v. sul nostro tema "Esposizione della legge morale. Comandamenti" (8) e "Il governo civile" (20).

⁴⁶ La "Breve Instruction" contro gli errori degli anabattisti è in J. CALVIN, *Oeuvres choisies*, a cura di O. Millet, Paris, 1995, pp. 7 ss.

E quando i puritani inglesi proclamano la “confessione di fede” di Westminster⁴⁷, 1646, nella quale dichiarano di costituire la “comunione dei santi”, hanno cura di precisare (capitolo XXVI) che ciò non ha nulla a che vedere con la comunione dei beni: la proprietà privata di ciascuno dei “santi” è dichiarata intangibile.

Gli ordini mendicanti (e anzi tutti i monasteri) vanno aboliti: predicano e mendicano, invece di lavorare, aiutano i poveri, invece di disciplinarli; e i loro beni vanno redistribuiti tra i proprietari terrieri.

I poveri e gli inabili al lavoro sono rinchiusi in apposite istituzioni; mendicare è un reato, e il recidivo è condannato alla morte per impiccagione⁴⁸.

Tommaso Moro aveva insomma visto giusto, quando si era opposto alla espropriazione dei beni monastici⁴⁹: non sarebbe stata la comunità, impersonata dal Re, a trarne benefici, ma l'egoismo dei proprietari privati. Egli tornò sul tema nel suo testamento spirituale, l'“Apologia” (cap. 22): se il problema è il cattivo uso della ricchezza, o la ricchezza come male in sé, ciò vale per ogni uomo, sia egli “spiritual or temporal”, per i signori come per i monasteri⁵⁰. Ma la storia andava in un'altra direzione: per oltre tre secoli la espropriazione dei beni ecclesiastici, e la loro ripartizione tra i privati, sarà uno dei principali strumenti per la riorganizzazione della proprietà fondiaria secondo la logica dell'individualismo possessivo.

L'etica protestante della proprietà privata abbandona l'equilibrio delineato da Tommaso tra la legge divina e quella umana, così come è abbandonato il libero arbitrio, residuo indebolito ma persistente, secondo il cattolicesimo, della condizione umana originaria, del suo essere a immagine e somiglianza di Dio.

La fede “borghese” di Calvino e l'idolatria dello stato di Lutero alla fine portarono “non solo ad un cattivo uso del cristianesimo, ma ad una sua totale caduta”; anzi portarono gli elementi di una nuova “religione”: il capitalismo, chiesa di Mammona⁵¹.

⁴⁷ *The Westminster Confession of Faith*, a cura e con commento di G.I. Williamson, Phillipsburg (NJ), 2^a ed., 2003.

⁴⁸ Così dispongono il *Poor Relief Act* del 1576, e poi la c.d. *Poor Law* di Elisabetta I del 1601.

⁴⁹ Sul dibattito circa il trasferimento alla Corona della proprietà dei monasteri, e la posizione di T. More, v. C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it. Bologna, 1990 (a cura di N. Matteucci), pp. 177 ss.

⁵⁰ McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 180.

⁵¹ È il giudizio di E. BLOCH, *Münzer teologo della rivoluzione* (1921, 2^a ed. 1969), trad. it., Milano, 1980, p. 120. In effetti, il “risveglio” protestante a partire dalla fine del '700 in Inghilterra e soprattutto negli USA è opera delle “sette” evangeliche (come

8. *Una teoria dei diritti naturali che convinca sia il povero che il ricco*

Una teoria dei diritti naturali che convinca sia il povero che il ricco: così è stata giudicata⁵² la teoria della proprietà di Locke. In effetti, a differenza dei fondatori della teologia protestante, la dottrina esposta nel Secondo trattato sul governo torna, come già in Tommaso, al progetto di portare ad unità legge divina, legge naturale e legge religiosa.

Ma per Tommaso la proprietà si accompagna al dovere sociale, secondo la logica dell'ordine economico e sociale del lungo Medioevo (v. sopra, § 2). Per Locke, invece, essa è manifestazione della libertà personale, secondo la diversa e nuova logica del capitalismo nascente.

Si intende così il significato del giudizio di Schlatter.

L'argomento sociale di Locke (presente sia nella premessa sulla destinazione universale dei beni, sia nella riserva per i non proprietari di cose "sufficienti e altrettanto buone") è la risposta ai sostenitori del comunismo e dell'egualitarismo proprietario: nel sistema immaginato della "gloriosa rivoluzione" chiunque, con il suo lavoro, può divenire proprietario (può perseguire la felicità, scriverà un secolo dopo Thomas Jefferson nella Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America).

Al tempo stesso, la valorizzazione del lavoro come fondamento della giustificazione della proprietà vale a distinguere la nascente proprietà borghese e capitalistica della rendita parassitaria e da ogni forma di tardo feudalesimo. Si comprende così il rilievo dato da Locke alla introduzione della moneta, frutto di un tacito accordo tra gli uomini, che giustifica la proprietà di beni derivanti dallo scambio con altri beni (frutto del lavoro).

Ne possono legittimamente derivare anche grandi disequaglianze, perché "è evidente che l'accordo degli uomini ha consentito un sproporzionato e ineguale possesso della terra"⁵³.

La dimensione sociale del discorso di Locke sembra così esaurirsi nel riconoscimento dell'eguaglianza di diritto: tutti possono, con il lavoro e il risparmio, diventare proprietari. Ma quella dimensione rimane, e sarà poi usata dal pensiero socialista (a partire dal Codice della natura di Morelly⁵⁴), per affermare che è la proprietà individuale dei beni produttivi ad essere contro natura.

i Metodisti e i Battisti) che abbandonano le dottrine di Lutero e Calvino, insegnando che con sforzo e disciplina tutti possono liberarsi dal peccato e raggiungere la salvezza.

⁵² SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, cit., p. 138.

⁵³ J. LOCKE, *Secondo trattato*, V, 50.

⁵⁴ V. sopra, nota 25.

La proprietà fondata sul lavoro e sul risparmio usato produttivamente è la nascente proprietà capitalistica, contrapposta alla grande proprietà nobiliare, fondata (come in Filmer) sul diritto divino e il diritto di nascita.

Mentre in Inghilterra l'antinomia è progressivamente superata dalla formazione di un ceto capitalistico che comprende a pari titolo aristocratici e borghesi, in Francia sarà la spada della Rivoluzione a sciogliere il nodo.

“Tutte le proprietà senza eccezione saranno costantemente rispettate, e Sua Maestà comprende espressamente sotto il nome di proprietà decime, censi, rendite, diritti e doveri feudali e signorili e generalmente tutti i diritti e le prerogative utili o onori fische, legate alla terra e ai fondi, o appartenenti alle persone”. Così si esprimeva Luigi XVI nella seduta reale del 23 giugno 1789⁵⁵. Ancora nella Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789 sono dichiarate inviolabili e sacre “le proprietà”, al plurale. È solo l'8 agosto 1791, nel momento in cui la Dichiarazione è posta come preambolo alla Costituzione, che si adotta la forma singolare: la proprietà è una sola, quella individualistica, borghese e antifeudale, che troverà poi la sua definitiva forma giuridica nel Codice di Napoleone.

Resta, in Locke, a differenza che nella teologia protestante, la necessità di una giustificazione morale della proprietà privata, di fronte sia alla destinazione divina dei beni agli uomini in comune, sia alla “ragione naturale, che ci dice che gli uomini, una volta nati, hanno diritto alla loro conservazione, e per conseguenza a mangiare e bere, e alle altre cose che la natura offre per il loro sostentamento”⁵⁶.

Questa dimensione etica e sociale scompare poi progressivamente. Prevale l'utilitarismo, “il capitalismo elabora una propria teoria e prende coscienza di se stesso solo con il libro di Adam Smith”⁵⁷. A questo punto, il lungo Medioevo è davvero finito, e pochi anni dopo la pubblicazione dell'*Inquiry* la Rivoluzione francese chiuderà a favore della proprietà borghese la partita con il feudalesimo dei nobili e dei contadini, con le corporazioni dei maestri e degli apprendisti.

Proprietà terriera e lavoro umano divengono merci: è la “grande trasformazione”⁵⁸.

La giustificazione della proprietà privata, individualistica ed esclusiva, è nell'efficienza economica del libero mercato, che su essa si fonda.

Del pensiero di Locke rimane solo l'identificazione della proprietà con

⁵⁵ V. P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 21.

⁵⁶ J. LOCKE, *Secondo trattato*, V. 25.

⁵⁷ LE GOFF, *Il tempo continuo della storia*, cit., p. 130.

⁵⁸ V. sopra, nota 15.

la libertà, e l'idea che la funzione fondamentale dello Stato sia quella di garantirla.

Acquisito questo risultato, il giusnaturalismo perde progressivamente la sua forza propulsiva. Il primato della proprietà privata è sancito da un ordinamento giuridico desacralizzato e saldamente nelle mani dei ceti proprietari.

È l'incombente minaccia del socialismo (nelle sue diverse forme, e non solo in quella del comunismo sovietico) che conduce a riproporre, nella seconda metà del Novecento, la connessione tra libertà e proprietà. Senza la seconda, non ci può essere la prima: bisogna saperlo, per evitare di imboccare *The Road to Serfdom*⁵⁹.

Ma è un Locke davvero molto impoverito, quello riproposto nella seconda metà del secolo scorso dal pensiero neoliberale.

⁵⁹ F. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, è del 1944; trad. it. (della versione ridotta del 1945), Macerata, 2011.

*La Rerum Novarum 120 anni dopo**

SOMMARIO: 1. Pensiero controrivoluzionario e questione sociale – 2. Leone XIII: continuità e innovazione – 3. La *Rerum Novarum*: nuovi principi giuridici – 4. La *Rerum Novarum* e l'Italia democratica – 5. Continuità e rinnovamento: dalla *Rerum Novarum* alla *Caritas in Veritate*.

1. Pensiero controrivoluzionario e questione sociale

Com'è noto, nell'Europa continentale l'affermazione del diritto moderno individualista, che accompagna il sorgere e poi il predominio dell'età borghese, avviene, a differenza che nei paesi anglosassoni, contro le chiese e in particolare contro la Chiesa cattolica.

Si crea così il conflitto tra modernità e Chiesa che durerà per gran parte dell'800. Il pensiero controrivoluzionario di ispirazione cristiana, predominante per buona parte dell'800, nel contestare la democrazia e la dichiarazione dei diritti, contesta altresì la logica dell'individualismo possessivo, che è alla base della nascita e dell'affermazione dell'ordinamento giuridico che troverà poi compiuta sistemazione nei codici civili dell'800.

Particolarmente significativa è la posizione di quello che probabilmente è il maggior teorico di questo filone di pensiero, Louis de Bonald. La polemica di Bonald, a partire della "Teoria del potere politico e religioso nella società civile" del 1796¹, contesta i principi rivoluzionari non solo in nome del potere del monarca assoluto contro la democrazia, ma anche in nome della protezione dei ceti popolari, contro il libero mercato e le filosofie giusnaturaliste e utilitaristiche.

C'è quindi una dimensione sociale del pensiero controrivoluzionario, alla quale spesso non si presta la dovuta attenzione. Per comprenderla, vanno considerati due aspetti, uno sociale e l'altro culturale. Dal primo punto di vista, il prevalere nelle campagne dell'individualismo agrario (per

* Pubblicato in *Iustitia*, 2011, pp. 349-358. Relazione al Convegno "La ricerca della giustizia sociale, 1891-2011: centoventi anni dall'Enciclica Rerum Novarum", organizzato dall'Associazione culturale "Il Cenacolo di Tommaso Moro", Roma, 25 maggio 2011.

¹ L. DE BONALD, *Théorie di pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*, in *Oeuvres du Vicomte de Bonald*, Bruxelles, 1845, I. La dimensione sociale del pensiero di De Bonald e del mondo cattolico francese del periodo è stata di recente esaminata in un libro dedicato alla storia dell'antisemitismo da M. BATTINI, *Il socialismo degli imbecilli*, Torino, 2010, pp. 22 ss. e *passim*.

usare l'espressione di Marc Bloch)² e la rivoluzione industriale determinano conseguenze fortemente negative per i lavoratori e per i ceti popolari, a causa della nuova situazione giuridica determinata dalla soppressione dei diritti collettivi sulla terra, dall'abolizione delle strutture corporative, dalle leggi sui poveri, dal libero mercato del grano. Tutte conseguenze dell'individualismo possessivo che informa il nuovo diritto, nato dalla Rivoluzione francese, e rispetto alla cui formazione, in parte precedente la Rivoluzione (l'editto di Turgot sulla libera circolazione del grano è del 1774; l'abolizione delle corporazioni del 1776), si era già espressa la parte prevalente della dottrina cristiana³. Il richiamo al medioevo esprimeva quindi, nel pensiero di Bonald e di autori coevi e successivi, anche l'idea di una società più coesa e più attenta ai deboli: e ciò ben oltre quella che era stata l'effettiva realtà delle società premoderne.

In secondo luogo, va considerato che il pensiero che precede l'affermazione del giusnaturalismo liberale e le "dichiarazioni dei diritti" era dominato dalla dottrina cristiana, che aveva trovato la sua sistemazione teorica in Tommaso d'Aquino. Questa dottrina – sulla quale tornerò — era basata sull'idea della destinazione universale dei beni e della proprietà privata come conseguenza del peccato originale.

Gli autori che sono all'origine della teoria della proprietà privata come diritto individuale di libertà, desunta dal diritto naturale, dovettero infatti misurarsi con la diversa impostazione della dottrina sociale cristiana, dominante negli anni in cui scrivono. Così fa Grozio⁴, e così Locke. Entrambi iniziano la loro trattazione dal riesame del principio della destinazione universale dei beni. Consideriamo Locke, che ancora oggi è nei paesi anglosassoni il punto di riferimento teorico delle dottrine liberiste. Il Capitolo quinto del Secondo Trattato sul governo (1689), dedicato alla proprietà privata, inizia con l'affermazione che "sia che consideriamo la

² M. BLOCH, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII e siècle*, in *Annales d'histoire économique et sociale*, 1930, pp. 329 ss. E cfr. F. GARAUD, *Lo révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958. Sulle critiche della teologia cattolica alle politiche liberiste che assecondano nella fase prerivoluzionaria l'affermazione del capitalismo in Francia v. B. GROETHUYSEN, *Origini dello spirito borghese in Francia. La Chiesa e la borghesia*, trad. it., Torino, 1949, pp. 263 s.

³ Sulla teoria della proprietà nella "Seconda scolastica" si v. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, ora in ID., *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 281.

⁴ *De jure belli et pacis* (1625), II, II, 2: "Deus humano generi generaliter contulit jus in res hujus inferioris naturae statim a mundo condito, atque iterum mundo post diluvium reparato. Erant omnia communia et indivisa omnibus. Grozio cita Gen. I, 29, 30; IX, 2; Locke cita il Salmo CXV, 16 (CXIII della vulgata).

ragione naturale, sia che consideriamo la rivelazione divina, risulta chiarissimo che Dio ha dato la terra agli uomini in comune”. Nello svolgimento della trattazione, com'è noto, Locke individua nel lavoro il fondamento e la giustificazione della proprietà privata individualistica. È significativo segnalare anche su questo punto la differenza tra le (antiche e moderne) teoriche giusliberiste e la dottrina cristiana, che assume la tutela del lavoro in modo del tutto autonomo rispetto al riconoscimento e dalla garanzia della proprietà privata (v. oltre, 3).

Con il trascorrere dell'800, la richiesta del “ritorno al passato” perde tuttavia sempre più la dimensione sociale, di tutela dei ceti deboli, come in Bonald, e finisce per apparire una mera difesa dei privilegi di ceto, e in particolare di quelli dell'aristocrazia, e della monarchia assoluta contro la democrazia. La “questione operaia” richiede risposte nuove.

2. Leone XIII: continuità e innovazione

Il terreno culturale da cui nasce la Rerum Novarum non è tuttavia dato dai pur esistenti, ma minoritari e marginalizzati, tentativi di conciliare la Chiesa con la democrazia e con il giusnaturalismo individualista⁵. Prevale il rinnovamento nella continuità, secondo la logica propria del magistero ecclesiale.

Nel mondo cattolico, il dibattito su come affrontare la questione sociale caratterizza la seconda metà dell'800.

Particolarmente interessante al riguardo è la posizione di La Tour du Pin⁶, un autore caro a Leone XIII.

Monarchico e contrario a ogni compromesso con la Repubblica, La Tour du Pin non è però, a differenza di Bonald, un apologeta dell'Antico regime, e lo dimostrerà in occasione delle contro-celebrazioni cattoliche del centenario della Rivoluzione francese, esprimendo su essa un giudizio più articolato di quello drasticamente negativo, allora prevalente.

Resta peraltro fermo il giudizio sull'origine della “questione sociale”, cioè delle condizioni di miseria e sfruttamento nelle quali la rivoluzione

⁵ Come in A. ROSMINI, *Filosofia del diritto* (1841-5), a cura di R. Orecchia, II, Padova, 1968, pp. 264 ss.

⁶ Gli scritti nei quale si delinea il suo programma corporativo sono raccolti in R. DE LA TOUR DU PIN, *Vers un ordre sociale chrétien. Jalons de route 1882-1907*, Paris, 1908. Su questo “campione della Rerum novarum” v., di recente, M. INTROVIGNE, *La dottrina sociale di Leone XIII*, Verona, 2010, pp. 136 ss.

industriale ha condotto gli operai. Essa risiede, per La Tour du Pin come già per Bonald, appunto nella Rivoluzione francese. Sopprimendo i corpi intermedi, la legislazione rivoluzionaria ha lasciato i lavoratori in balia di una borghesia che non comprende la funzione sociale dell'economia né considera il lavoratore anzitutto una persona. La soluzione corporativa che egli propone non è però un ritorno all'Ancien Régime: l'ordine politico organico che La Tour du Pin teorizza comprende (anche se senza entusiasmo) un'assemblea a suffragio universale, e prevede misure (come il salario minimo, la disciplina dell'orario di lavoro, la limitazione del lavoro dei minori e delle donne, l'organizzazione associativa degli operai) che non invocano il ritorno al Medioevo, ma si misurano con la realtà del suo tempo.

È questo il filone di pensiero cattolico privilegiato (non solo per la questione sociale a cui è dedicata la *Rerum Novarum*) nell'insegnamento e nell'azione pastorale di Leone XIII.

Decisivo è il ritorno al tomismo, che com'è noto fu fortemente voluto da Leone XIII (in particolare con l'enciclica *Aeterni Patris* del 1879). Dallo studio del pensiero dell'Aquinate, emerge non l'astratta idealizzazione delle strutture feudali, caratteristica della fase della restaurazione, ma la valorizzazione di altri aspetti, diversi dalla monarchia assoluta e dalle gerarchie feudali, che pure caratterizzano il medioevo e la società premoderna, come la partecipazione alla vita cittadina nei comuni e la valorizzazione del lavoro artigianale nelle corporazioni⁷.

C'è quindi un'evoluzione che si può sintetizzare così: un pensiero politico che progressivamente supera la pregiudiziale antidemocratica; una teoria sociale attenta a valorizzare il lavoro e l'esigenza di tutelarlo.

E bene ricordare che la democrazia non viene indicata da Leone XIII come il migliore reggimento politico: quest'acquisizione avverrà pienamente solo con il Concilio. Nella "Immortale Dei" del 1885 è prospettato il modello di uno Stato ideale, che riconosce i suoi doveri verso la verità e la giustizia, interpretate e definite dalla Chiesa. La novità però c'è, e consiste nel fatto che, per la prima volta, si ammette che la democrazia è fra le forme di governo accettabili per i cattolici. In Francia questo significò l'apertura alla parte del mondo cattolico che sosteneva l'esigenza del ralliement con la Repubblica; in Germania, il sostegno all'azione politica del Zentrum; in Italia, creò le premesse per la successiva evoluzione attraverso il patto Gentiloni e poi la fondazione del Partito Popolare.

⁷ Sottolinea questo aspetto del "ritorno al tomismo" P. SCOPPOLA, *Chiesa e democrazia in Europa e in Italia*, in E. GUERRIERO (a cura di), *I cattolici e la questione sociale*, Milano, 2005, p. 154.

3. *La Rerum Novarum: nuovi principi giuridici*

La medesima dialettica tra continuità e rinnovamento che agisce sulla questione della democrazia si esprime, nella *Rerum novarum*, sulla questione sociale. Anche in questo campo è decisivo il ritorno al tomismo. Per Tommaso⁸, che sistematizza la tradizione patristica⁹, le cose create appartengono a Dio, che le ha consegnate a tutta l'umanità: è il principio della destinazione universale dei beni. La natura umana corrotta richiede tuttavia la divisione dei beni, e quindi la proprietà privata. La divisione dei beni si effettua attraverso le regole dello *ius positivum*, che completa il diritto naturale sulla base delle deduzioni della ragione umana. L'*utilitas* della proprietà privata è spiegata da Tommaso con argomenti di derivazione aristotelica (nella nota polemica con il comunismo di Platone¹⁰: assicurare la pace sociale, l'efficienza economica e la certezza del diritto, garantire l'adeguata cura dei familiari).

Il principio originario della comunanza dei beni si riflette tuttavia sul diritto positivo, chiamato a prevedere la proprietà privata, ma anche a distinguere fra titolarità e uso dei beni: la proprietà deve essere amministrata non a beneficio esclusivo del proprietario, ma per il bene comune. È a questo pensiero che si ispira la *Rerum novarum*.

La motivazione dell'enciclica risiede nell'esigenza di “abbattere errori funesti” sulla questione operaia. Il socialismo, con il suo obiettivo di abolire la proprietà, è criticato duramente, perché danneggia gli stessi operai, e perché soluzione ingiusta, in quanto manomette i diritti dei legittimi proprietari (la proprietà privata è “conforme alla natura”) e perché “scompiglia tutto l'ordine sociale”.

E tuttavia ci sono doveri che si accompagnano alla proprietà privata: anzitutto “rispettare negli operai la dignità della persona umana”.

È dal riconoscimento della dignità del lavoratore come persona umana che discendono le tre principali novità della *Rerum novarum*, che sciolgono tre nodi molto controversi nel coevo dibattito nel mondo cattolico. In primo luogo la legittimità dell'intervento dello Stato, anzi il dovere dei

⁸ *Summa Theologiae, Secunda secundae*, q. 66, a. 1 e 2. Su questo, ma in genere sulla dottrina sociale cristiana, molto utili sono le voci sul “*Social Thought*”, di vari autori, contenute nel v. XIII della seconda edizione della *New Catholic Encyclopedia*, Washington (D.C.), 2003.

⁹ Per la quale (dalle fonti veterotestamentarie ad Agostino) v. L. ORABONA, *Cristianesimo e proprietà*, Roma, 1964.

¹⁰ ARISTOTELE, *Politica*, II, pp. 1261a ss.

governanti di intervenire per “concorrere al benessere dei proletari”. Si tratta, sostanzialmente, del sostegno alla legislazione sociale che in quella fase storica si veniva introducendo, tra molte resistenze, nei paesi europei.

In secondo luogo, ed è questa probabilmente la novità più rilevante, il principio per il quale l'ammontare del salario non va affidato al libero incontro delle volontà fra datore e lavoratore, che era allora invece il principio vigente e indiscusso nel sistema dei codici civili liberali.

Nella *Rerum novarum* è esplicita la critica al principio liberista per il quale “la quantità del salario la determina il libero consenso delle parti, sicché il padrone, pagata la mercede, ha fatto la sua parte, né sembra sia debitore di altro”. A questo ragionamento — prosegue l'enciclica — “non si può consentire né facilmente né in tutto”. Nella determinazione della quantità del salario, infatti, “entra sempre un elemento di giustizia naturale, anteriore e superiore alla libera volontà tra i contraenti, ed è che il quantitativo della mercede non deve essere inferiore al sostentamento dell'operaio”. Il diritto al sostentamento del lavoratore e della sua famiglia è sottratto così alla ordinaria logica contrattuale, alla quale lo riconduceva invece la disciplina giuridica vigente (né il Code Napoleon né il Codice civile italiano del 1865 prevedevano infatti una disciplina specifica del contratto di lavoro). L'esigenza di una specifica tutela giuridica della posizione del lavoratore è una delle conseguenze che la *Rerum novarum* trae dal principio che lo Stato, se non può “annientare” il diritto alla proprietà privata, deve tuttavia “temperarne l'uso e armonizzarlo con il bene comune”.

Il terzo elemento di novità consiste nel riconoscimento del valore dell'associazione sindacale operaia.

Ciò avrà grandi conseguenze, perché dà una soluzione al problema che aveva diviso i primi organizzatori di associazioni operaie cattoliche; se cioè esse dovessero essere inserite, secondo un ideale corporativo direttamente ispirato all'esperienza medioevale, in associazioni comuni con i datori di lavoro, o se i lavoratori potessero organizzarsi autonomamente. L'apertura a questa seconda soluzione è esplicita ed è legata al più generale riconoscimento del diritto all'associazione come diritto naturale: se i “cittadini hanno libero diritto di legarsi in società, debbono avere altresì diritto di scegliere per i loro consorzi quell'ordinamento che giudicano più confacente al loro fine”. Per quanto riguarda le associazioni operaie, l'idea corporativa non deve ripetere passivamente la struttura premoderna, ma deve essere adattata alle condizioni del tempo. “Vediamo con piacere formarsi ovunque associazioni sia di soli operai, sia miste di operai e padroni, ed è desiderabile che crescano di numero e di operosità”.

I tre punti che ho indicato (il riconoscimento del compito dello Stato di intervenire per proteggere i lavoratori, il diritto al giusto salario e il sostegno all'organizzazione sindacale) costituiranno fattori rilevanti di cambiamento sociale e giuridico, e pongono le basilari premesse per lo svolgimento del magistero sociale e per l'azione sindacale e politica dei cattolici che segnerà poi il '900. "Il programma dei cattolici di fronte al socialismo" di Giuseppe Toniolo, che ne segna l'inizio, è del 1894.

È significativo, del resto, che contro la *Rerum novarum* si indirizzarono le critiche di alcuni cattolici conservatori, che la considerarono troppo sbilanciata in favore dei diritti dei lavoratori; critiche non dissimili da quella che hanno accolto in ambienti conservatori statunitensi la *Caritas in Veritate* di Benedetto XVI¹¹.

4. *La Rerum Novarum e l'Italia democratica*

Non vi è qui la possibilità di ripercorrere la dottrina sociale cristiana nel '900. È utile però segnalare due passaggi.

In primo luogo l'enciclica Quadragesimo anno di Pio XI. Nel sottolineare, quarant'anni dopo, il valore dell'enciclica leoniana, Pio XI svolge considerazioni che peseranno sul futuro dell'Italia e dell'Europa. La prima è la presa di distanza dal corporativismo fascista, motivata con la prima formulazione di quello che oggi chiamiamo principio di sussidiarietà, che è stato inserito nella nostra Costituzione con la riforma del 2001 (art. 118, 4° comma). Pio XI sottolinea, in questa luce, il rischio che "il nuovo ordinamento sindacale e corporativo abbia carattere eccessivamente burocratico e politico, possa servire a particolari intenti politici piuttosto che all'avviamento e inizio di un migliore assetto sociale".

In secondo luogo, l'analisi della "trasformazione che dal tempo di Leone XIII ebbe il socialismo". Questo si è nel frattempo diviso in due partiti principali: da una parte il comunismo (per il quale durissima e preveggenza è la condanna per quanto stava accadendo "in vastissimi paesi dell'Europa orientale"); e, dall'altra, il partito "che ha conservato il nome di socialismo", che, rigettando il ricorso alla violenza e mitigando la lotta di classe e l'abolizione della proprietà privata, "in qualche modo si avvicina" alle verità cristiane, "poiché non si può negare che le sue rivendicazioni si accostino talvolta, e molto da vicino, a quelle che propongono a ragione

¹¹ La notazione è di INTROVIGNE, *La dottrina sociale di Leone XIII*, cit., pp. 17 s.

i riformatori cristiani della società”.

Pur ribadendo l'inconciliabilità tra socialismo (anche nella sua versione moderata) e cristianesimo, Pio XI apre così la via alla possibilità di una collaborazione sociale, politica e istituzionale tra cattolici e socialisti democratici.

In Italia la collaborazione e la sintesi tra cattolici e sinistra ebbero il momento culminante nell'elaborazione della Costituzione del 1948; come del resto avveniva nella stessa fase storica con la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca e con il nuovo preambolo della Costituzione francese.

Nella formulazione di questi testi decisiva, più di quanto non si noti solitamente, fu l'influenza del pensiero sociale cristiano e dell'insegnamento della *Rerum novarum*. Tralasciando, per ragioni di tempo, la comparazione (che pure non sarebbe priva di interesse) con le coeve costituzioni tedesca e francese, può essere utile qualche rilievo sul nostro testo costituzionale.

Non è naturalmente qui il caso di ripercorrere le vicende che portarono al varo della Carta fondamentale, sulle quali con molta strumentalità e qualche provincialismo si è tornati di recente. Conviene stare al testo, e verificare quanto prima osservato attraverso la rilettura dei Principi fondamentali e della Prima parte della Costituzione.

Ricordo qui l'art. 2, dove sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, ed è richiesto — parallelamente alla tutela dei diritti — l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Oppure l'art. 36, per il quale il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa: ripresa quasi testuale del principio affermato nella *Rerum novarum*. O ancora l'art. 41, che indica nella “dignità umana” un limite all'iniziativa economica privata, e l'art. 42, che al riconoscimento della proprietà privata accompagna l'esigenza di un intervento legislativo che ne assicuri la “funzione sociale”: termine-chiave della dottrina sociale cristiana¹². E altre norme si potrebbero ricordare, nella disciplina dei “Rapporti etico-sociali” e dei “Rapporti economici”.

Naturalmente, la Costituzione esprime un compromesso tra forze politiche e sociali (e tra le rispettive culture): ma, se è vera la tesi di Kelsen

¹² Sulle origini culturali della “funzione sociale” della proprietà privata mi sono soffermato in C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 1994, pp. 57 ss.

che il compromesso è la sostanza stessa della democrazia, ogni giudizio deve misurare la qualità del risultato raggiunto. E credo che i problemi del mondo contemporaneo trovino, nei principi costituzionali che ricordavo, punti di riferimento (non solo giuridici) ancora molto attuali.

5. *Continuità e rinnovamento: dalla Rerum Novarum alla Caritas in Veritate*

Al cambiamento storico dei termini economici e istituzionali nei quali si è venuta progressivamente strutturando la questione sociale si è accompagnato il “rinnovamento nella continuità” del magistero. Mi limito naturalmente anche qui ad alcuni cenni, che ritengo utili nell’ottica del mio ragionamento.

Il dato nuovo della fase postconciliare è l’attenzione alla globalizzazione, con grande anticipo rispetto al dibattito pubblico su questo tema. La *Populorum progressio* del 1967 si apre con l’affermazione che “la questione sociale ha acquistato dimensione mondiale”; e le encicliche sociali del Beato Giovanni Paolo II sviluppano tale insegnamento. Il magistero di Giovanni Paolo II sottolinea come nel periodo intercorso si siano aggravate le differenze sociali e le diseguaglianze globali a causa di un processo economico che si è svolto in senso opposto alle indicazioni della *Populorum progressio*, “che pure aveva suscitato grandi speranze”. La “*Sollicitudo rei socialis*” afferma l’esigenza di dare un “carattere morale” allo sviluppo

E bene — dice l’enciclica — “ricordare ancora una volta il principio tipico della dottrina sociale cristiana: i beni di questo mondo sono originariamente destinati a tutti, il diritto alla proprietà privata è valido e necessario ma non annulla il valore di tale principio: su di essa, infatti, grava “un’ipoteca sociale”, cioè vi si riconosce, come qualità intrinseca, una funzione sociale, fondata e giustificata precisamente sul principio della destinazione universale dei beni”.

Con la *Caritas in Veritate* l’attuale Pontefice affronta anch’egli, secondo la logica del rinnovamento della continuità, le dinamiche economiche e istituzionali contemporanee. Di fronte alla crisi dello stato nazionale e agli effetti negativi della dimensione puramente liberistica assunta dalla globalizzazione, la *Caritas in Veritate* sottolinea “l’esigenza di soluzioni nuove”. Per Benedetto XVI le dinamiche della globalizzazione rivelano l’inidoneità della dialettica mercato-stato a “soddisfare le esigenze di un’economia pienamente umana”. L’accento viene posto sulla necessità di nuove forme economiche, di tipo solidale, che determinino “profondi

cambiamenti anche nel modo di intendere l'impresa", chiamata ad assumere una "responsabilità sociale".

L'aumento delle diseguglianze sociali e della disoccupazione inducono quindi a segnalare, nell'importante paragrafo 32 della *Caritas in Veritate*, che "la dignità della persona e le esigenze della giustizia richiedono che, soprattutto oggi, le scelte economiche non facciano aumentare in modo eccessivo e moralmente inaccettabile le differenze di ricchezza e che si continui a perseguire quale priorità l'obiettivo dell'accesso al lavoro o del suo mantenimento, per tutti". E "ciò richiede una nuova e approfondita riflessione sul senso dell'economia e dei suoi fini, nonché una revisione profonda e lungimirante del modello di sviluppo". Lo esige "la crisi culturale e morale dell'uomo, i cui sintomi da tempo sono evidenti in ogni parte del mondo".

La dottrina sociale della Chiesa si conferma così insegnamento che pone al centro la persona umana e la sua "dignità": e, come ricordavo, la *Rerum novarum* indicò il primo elemento attuativo della funzione sociale della proprietà privata appunto nell'esigenza di "rispettare negli operai la dignità della persona umana". Spetta anche al giurista misurare il grado di vicinanza, o di distanza, tra l'ordinamento vigente e questi principi.

Tommaso Moro giurista*

SOMMARIO: 1. Poteri e limiti della *Common Law* – 2. Le chiavi di lettura dell'Utopia – 3. Sintesi di tradizione e di modernità.

Nel 1529, Enrico VIII nomina Tommaso Moro Lord Cancelliere. Questa alta carica istituzionale ha costituito fino a tempi recentissimi (è stata abolita soltanto dal governo Blair) una peculiarità del diritto inglese. Il Lord Cancelliere era infatti, al tempo stesso, Presidente della Camera dei Lords, Ministro della Giustizia, Alto Magistrato.

Con la nomina di Moro è la prima volta nella monarchia Tudor che alla più importante carica politica del regno viene chiamato un laico e non un ecclesiastico (l'immediato predecessore di Moro era stato il cardinale Thomas Wolsey). La scelta del Re fu motivata non solo dalla volontà di manifestare il suo primato sulla Chiesa, ma anche dal fatto che Moro era considerato il migliore giurista del Regno. Dapprima aveva svolto la professione di avvocato, con grande successo professionale e introiti corrispondenti. Poi, da giudice, era divenuto famoso non solo per l'equità delle sue decisioni, ma anche per la straordinaria efficienza che lo portava a rendere giustizia in tempi molto rapidi.

1. *Poteri e limiti della Common Law*

Perché l'innovazione della nomina di un giurista (anzi, del più prestigioso giurista del suo tempo) alla carica di Lord Cancelliere? La risposta a questa domanda ci consente forse di cogliere un aspetto importante della figura del santo.

L'amministrazione della giustizia era in quel momento prevalentemente affidata ai giudici della *Common Law*. La monarchia disponeva di un sistema di giustizia alternativo, creato in base alle prerogative regie. La più importante era la *Court of Chancery*, presieduta dal Lord Cancelliere, ma le sue competenze erano ristrette ed eccezionali. I giudici di *Common Law* teorizzavano e praticavano l'indipendenza dal potere reale. E ciò non tanto per una logica di divisione dei poteri, perché come si sa a quel tempo tale principio era sconosciuto, ma perché si riteneva che il diritto comune degli

* Pubblicato in *Studi cattolici*, 2011, pp. 700-702.

inglesi fosse non creato, ma ritrovato dai giudici; il luogo della scoperta erano i precedenti giudiziari, in cui questa preesistente *Common Law* aveva trovato espressione attraverso i secoli. Alla luce di questa ideologia, non era il Sovrano, e nemmeno il Parlamento, la fonte della legge, perché la legge comune degli inglesi esisteva da tempo immemorabile.

È evidente che per il progetto di monarchia assoluta di Enrico VIII questo limite al potere del Re era un pesante intralcio. Moro, a sua volta, era molto critico rispetto alle concrete modalità attraverso le quali in quel periodo i giudici intendevano e applicavano la *Common Law*. Essa si era irrigidita in un insieme di regole procedurali che costituivano una sorta di percorso a ostacoli per chi chiedeva giustizia. Inoltre, i giudici si consideravano i rigorosi custodi di queste più o meno arcane procedure fondate sui precedenti; ma poi, se e quando si arrivava alla sentenza, la decisione nel merito (il verdetto) non era presa da loro, ma affidata a una giuria laica.

L'esito era spesso iniquo: sia perché gli ostacoli procedurali potevano impedire al titolare del diritto leso, soprattutto se privo di una (adeguata e costosa) assistenza tecnico-legale, di arrivare alla fase del verdetto, sia perché questo era poi affidato alla decisione, per lo più inappellabile, di persone prive di un'adeguata conoscenza del diritto. Peter Ackroyd, nella sua biografia del santo, ricorda il fallito tentativo di Moro di convincere alcuni autorevoli giudici ad applicare le direttive di ordine generale formulate dal Lord Cancelliere. Egli commentò che questo rifiuto era dovuto alla volontà dei magistrati di preservare un enorme potere, privo però di responsabilità e controllo, dal momento che poi la decisione sul caso sostanziale non spettava a loro: «Vedono che con il verdetto della giuria possono trasferire tutte le lagnanze da sé stessi ai giurati», spiegò a William Roper.

L'alternativa alla quale il Re e il suo Lord Cancelliere lavorarono era quella di rafforzare il ruolo e la competenza della Corte della Cancelleria, che operava secondo criteri equitativi.

Si introduceva così quel dualismo tra *Common Law* ed *Equity*, caratteristico del diritto inglese, che in parte sopravvive tuttora. Tommaso Moro era un sostenitore del sistema di *Equity*, perché riteneva che le differenze rispetto alla giustizia di *Common Law* (il carattere non formalistico della procedura e la decisione affidata non alla giuria popolare, ma a giuristi) consentissero una giustizia più equa, permettendo di fondere i giudizi «sulla legge della ragione e su quella di Dio». Un'importante esperienza era stata la sua attività di avvocato e di giudice, e in particolare quella svolta nella prima funzione da lui assunta nella Corte reale, di giudice delle «cause dei poveri».

Ma c'è un altro profilo da considerare, che ci avvicina agli aspetti più noti della sua personalità: il martire della fede e l'autore dell'*Utopia*.

Moro sosteneva la politica della monarchia, che tentava di porre un freno alle prevaricazioni dei ceti proprietari nei confronti dei contadini, alla ricerca di un equilibrio tra le classi sociali di cui il Re fosse il garante. In quel periodo, infatti, si pongono le dure basi di quello che poi sarà nel '600 e '700 lo sviluppo capitalistico della società inglese.

Inizia infatti allora quel processo di espulsione dei contadini dai campi, che ha ricevuto dagli storici il nome di recinzione (*enclosures*). La sua manifestazione più rilevante era, infatti, la chiusura materiale dei fondi da parte dei maggiori proprietari, soprattutto al fine di destinare i campi all'allevamento delle pecore, attività divenuta molto più redditizia dell'agricoltura.

Antichi diritti collettivi di uso comune dei beni venivano così cancellati e un numero crescente di contadini perdeva ogni fonte di sostentamento ed era costretto ad abbandonare il campo e l'abitazione.

La legalità delle *enclosures* era molto opinabile: molto spesso si trattava di vere e proprie usurpazioni. Ma i giudici di *Common Law*, espressione dei ceti proprietari, favorivano questi processi, che la politica dei Re tendeva invece a limitare. Fu del resto questa una delle ragioni principali del conflitto che portò oltre un secolo dopo alla fine della dinastia Stuart e all'instaurazione del predominio del Parlamento, rappresentante dei ceti proprietari.

La riforma della giustizia, con lo spostamento dei poteri verso la giurisdizione di *Equity*, era quindi un punto decisivo non solo per renderla più equa e per la formazione della monarchia assoluta, ma anche per far valere le esigenze di più giusti rapporti sociali.

2. Le chiavi di lettura dell'*Utopia*

Un secondo fenomeno sociale e giuridico si verificava, e anche esso (come vedremo) suscitava il giudizio negativo di Moro. I contadini espulsi dalla campagna erano privi di ogni mezzo di sostentamento. Aumentarono i vagabondi e i mendicanti, oltre che i furti. La monarchia reagì con quelle che furono definite «leggi sanguinarie», che prevedevano tra l'altro la pena di morte, in caso di recidiva, per chi, abile al lavoro, fosse trovato a mendicare o a vagabondare.

Questi processi storici aiutano a comprendere il Tommaso Moro

dell'*Utopia*. Il famoso scritto ha sempre colpito per quella che è apparsa una sorta di contraddizione tra il suo contenuto e l'attività del Lord Cancelliere. Come conciliare la felice società dell'isola di Utopia, basata sulla comunanza dei beni, con il ruolo di protagonista di un potere che certo non metteva in discussione le proprietà esistenti?

Le risposte date sono state prevalentemente due. Per alcuni, l'*Utopia* va considerata una sorta di esercizio letterario ironico, da non prendere sul serio (è la tesi sostenuta, per esempio, da Ackroyd). Per altri – ed è l'opinione prevalente – quell'opera è l'ultima espressione di una società medioevale morente, una reazione all'affermarsi di una nuova società, fondata sulla libertà della proprietà e dell'impresa.

E' probabile che nessuna di queste due tesi colga pienamente nel segno. La descrizione dell'isola di Utopia, contenuta nel secondo libro dell'opera, può essere meglio intesa alla luce della sferzante critica alla società inglese del suo tempo contenuta nel primo libro. Come è noto, questo primo libro fu scritto successivamente, forse proprio per spiegare il senso del secondo

Parlando esplicitamente della situazione inglese (per compararla a quella di Utopia, che poi descriverà), il protagonista del libro sottolinea gli effetti sociali negativi delle recinzioni e dell'espulsione dei contadini dai campi.

Conversando con il cardinale John Morton (Lord Cancelliere e maestro di Moro, che era già morto al momento della scrittura di *Utopia*), Raffaele indica una delle principali cause del furto e del vagabondaggio, «particolare solo a voi inglesi»: «Le vostre pecore, che di solito sono così dolci e si nutrono di così poco, mentre ora cominciano a essere così voraci e indomabili da mangiarsi financo gli uomini».

La descrizione e la denuncia degli effetti delle recinzioni è svolta da Moro, attraverso le parole di Raffaele, con ampiezza ed efficacia; e porta il protagonista ad affermare che la pena di morte comminata a ladri e vagabondi non solo è ingiusta («Dio ha proibito di uccidere, e noi con tanta facilità uccidiamo?»), ma anche inefficace (perché la causa di molti delitti è la miseria causata dalle recinzioni), e anzi controproducente («è pazzesco e anche dannoso allo Stato punire allo stesso modo un ladro e un omicida», perché spinge il malandrino ad ammazzare il derubato).

E' significativo notare che il cardinale Morton — tra la sorpresa degli astanti — mostra di considerare con attenzione gli argomenti del viaggiatore: «Tante leggi abbiamo sinora emesso contro i vagabondi! Ma il risultato è sempre zero». E non c'è dubbio che attraverso il suo maestro è Tommaso Moro che parla.

La denuncia della logica delle *enclosures*, per la quale «una pe cora vale più di un uomo», la critica alla facilità con la quale veniva comminata la pena di morte ai ladri e ai vagabondi (che per alcuni aspetti, come si è visto, anticipa gli argomenti di Cesare Beccaria) sono del tutto coerenti con l'impegno di Moro giurista e Lord Cancelliere per un diritto più equo, del quale si è detto in precedenza.

3. Sintesi di tradizione e di modernità

C'è un ulteriore aspetto da considerare. Moro, si è visto, non era un conservatore; ma al tempo stesso non voleva che il vecchio mondo crollasse, aprendo la via a un futuro inquietante, perché privo di solide basi morali e spirituali. Ancora più di Erasmo, riteneva che il «nuovo» dovesse nascere (sul piano giuridico, sociale, culturale: egli fu, com'è noto, uno dei massimi esponenti di quello che fu poi definito l'Umanesimo), ma in continuità, non in rottura, con il passato.

Questa considerazione vale anche per la sua attività di giurista e di Lord Cancelliere. Mentre avviava la riforma giuridica di cui si è detto, manifestava un grande rispetto per la parte che considerava positiva del sistema di *Common Law*: la continuità con la tradizione, la logica di un diritto che in qualche misura preesiste alle decisioni politiche e su esse prevale. Va ricordata in proposito la sua polemica con uno dei primi sostenitori della tesi del primato delle leggi parlamentari quale fu, secondo C.H. McIlwain, Christopher Saint German. Questo giurista, nel *Trattato concernente la divisione tra spirituale e temporale* del 1532 (premessa teorica della successiva espropriazione dei beni della Chiesa), scriveva che «il Parlamento ha un potere assoluto di possesso su tutti i beni materiali di questo reame, in qualunque mano siano, temporali o spirituali». La risposta di Moro è drastica: «Con quale diritto un uomo può prendere a un altro uomo, spirituale o temporale, contro la sua volontà la terra, che è sempre stata sua propria?». Come si vede, la posizione di Moro non riguarda specificamente l'aggressione ai beni della Chiesa, ma, in una sorta di anticipazione delle teoriche del diritto naturale, l'idea che un'espropriazione senza indennizzo non è consentita dal «diritto inglese» e una legge del Parlamento non può violare questo principio.

Le contraddizioni che qualcuno ha visto tra i diversi aspetti della personalità di Moro (la fede cattolica, l'attività giuridica e di governo, il pensiero politico, l'adesione all'Umanesimo) possono forse trovare una

composizione. E la trovano nell'idea di un rinnovamento nel quale la modernità non sia scissa dalla spiritualità consegnata dalla tradizione. E' noto che egli tradusse in inglese nel 1510 la *Vita* di Pico della Mirandola, che ammirava sia per la sua «scienza» sia per la sua «virtù e saggezza». Nell'*Alba incompiuta del Rinascimento* (per citare il titolo degli studi su Pico di Henri De Lubac) la nuova centralità riconosciuta all'uomo doveva — per Moro come per Pico — accompagnarsi alla continuità morale, spirituale, religiosa con ciò che il passato (quello che oggi chiamiamo Medioevo) consegnava al nuovo mondo che stava nascendo. Una preoccupazione che era invece estranea alla gran parte degli umanisti italiani: l'«Alba» di Pico (e di Moro) rimase, appunto, «incompiuta».

Per evitare che la fine del vecchio mondo e la nascita del nuovo comportasse anche la fine di quanto di buono e di giusto c'era nella tradizione, era decisiva, per Moro, l'unità cristiana, guidata dalla Chiesa di Roma, custode della tradizione e della verità. Questi suoi convincimenti erano così profondi che lo portarono al martirio. Ma qui finisce il nostro compito, e subentra il mistero della fede.

*Corporativismo e diritto civile italiano**

SOMMARIO: 1. Fascismo e tradizione civilistica – 2. Il contesto politico normativo in cui matura la nuova codificazione – 3. Teoria e pratica nell’attuazione del corporativismo – 4. Corporativismo e codificazione del diritto civile – 5. Tradizione e rivoluzione nella codificazione del diritto civile – 6. Il codice civile come statuto di un’economia mista con una direzione pubblica autoritaria – 7. Il codice del ventennio dopo il ventennio – 8. Sull’esistenza ed i caratteri di una «cultura fascista».

1. Fascismo e tradizione civilistica

Può essere utile riflettere sul rapporto fra corporativismo e diritto civile in Italia, assumendo come filo conduttore l’elaborazione negli anni ‘30 di un nuovo Codice civile, che sarà promulgato nel 1942. L’Italia è l’unica nazione europea che in quella fase storica ha redatto un nuovo codice civile; ragionare sulle motivazioni di quella riforma, sul dibattito che l’ha accompagnata, sul risultato normativo, mi pare una traccia interessante per esaminare se e quale incidenza il corporativismo abbia avuto sul diritto civile italiano.

In proposito vanno segnalati due dati preliminari. Anzitutto, il fascismo, come è noto, si caratterizza dal punto di vista ideologico apertamente e fin dalle sue origini come una terza via tra democrazia liberale e bolscevismo. In questo quadro il corporativismo viene presentato come un modo di organizzare l’economia che costituisce a sua volta una terza via tra capitalismo e comunismo.

Fin dalla fase nascente di elaborazione della ideologia del fascismo, questa impostazione si traduce anche nella prospettiva ideologica di una concezione degli istituti fondamentali del diritto privato diversa da quella tradizionale. Nella Carta di Fiume di D’Annunzio, come nei discorsi di Mussolini dell’immediato dopoguerra, la polemica con la concezione individualista ed egoista del diritto di proprietà e del diritto di impresa è presente esattamente come la contrapposizione al collettivismo di tipo sovietico. Vengono assunte tematiche, come quella della funzione sociale del diritto soggettivo, e dell’interesse nazionale prevalente rispetto agli interessi individuali. Nel momento in cui il fascismo da movimento

* Pubblicato in A. MAZZACANE, A. SOMMA, M. STOLLEIS (a cura di), *Korporativismus in dem sudeuropaischen Diktaturen (Il corporativismo nelle dittature sudeuropee)*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, pp. 251-262.

diventa regime e si fa Stato, e la necessità di comporre in qualche modo la contraddizione tra parole e fatti diviene evidente, questo impianto culturale o pseudo-culturale si pone in evidente contraddizione con l'impostazione della cultura ufficiale del diritto privato, nella quale era dominante in quegli anni l'idea della continuità con il diritto romano attraverso la elaborazione dei pandettisti, e quindi l'idea del diritto soggettivo come fondato sull'autonoma volontà dell'individuo.

Il secondo dato preliminare da tenere presente è che il regime fascista non si limitò alle enunciazioni ideologiche, ma introdusse una serie di strumenti di intervento pubblico nell'economia molto diversi e innovativi rispetto al passato liberale; e provò anche, successivamente, a razionalizzare questi strumenti di intervento, insieme ad altri aspetti del sistema, intorno a una complessiva riforma dello Stato che si sarebbe appunto dovuta fondare sull'impianto del corporativismo.

2. Il contesto politico normativo in cui matura la nuova codificazione

Subito dopo la presa del potere, la politica economica del fascismo è apertamente di tipo liberista e l'ideologia sociale è confinata alle affermazioni di principio, accompagnate intanto dallo smantellamento della libertà sindacale. Il momento di svolta, anche in Italia, è la crisi del '29. Mussolini la teorizza apertamente come crisi *del* sistema, non solo *nel* sistema. Si avvia un forte intervento dello Stato nell'economia, che rimarrà a caratterizzare l'Italia anche nella fase repubblicana, fino alle privatizzazioni degli anni '90. Con la legge bancaria l'attività creditizia viene sottoposta direttamente o indirettamente al controllo pubblico¹. Partendo dal salvataggio delle grandi imprese in crisi, si delinea intorno all'Istituto per la ricostruzione industriale (Iri) il sistema delle partecipazioni statali, che darà a lungo all'Italia, più che in qualunque altro paese capitalistico, un sistema di proprietà pubblica delle imprese, di dimensioni e rilevanza non inferiore alla parte che rimane affidata alla proprietà privata². Anche

¹ A partire dal R.D.L. 7 settembre 1926 n. 1511 recante «provvedimenti per la tutela del risparmio». Successivamente v. soprattutto il R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 in tema di «difesa del risparmio» e di «disciplina della funzione creditizia».

² L'Iri viene istituito con R.D.L. 23 gennaio 1933, n. 5 – rubricato «Costituzione dell'Istituto per la ricostruzione industriale con sede in Roma» – convertito nella L. 3 maggio 1933 n. 512.

nel campo della proprietà fondiaria, con le leggi sulla bonifica integrale³ e altre leggi in materia di agricoltura, e con la legge urbanistica, che prevede un sistema di pianificazione generale dell'uso del territorio, si generalizza un sistema di vincoli e limiti della proprietà che la caratterizzano concretamente in modo ben diverso dalla proprietà tendenzialmente illimitata del diritto liberale, quella praticata dallo Stato liberale e teorizzata dalla predominante cultura giuridica⁴.

Parallelamente, con la Carta del lavoro, che è del 1927, sono fissati i principi generali del diritto, tra i quali quelli che subordinano il diritto di proprietà e il diritto di impresa all'interesse generale, identificato e definito come interesse alla produzione nazionale. La Carta del lavoro è un manifesto politico che a lungo rimane privo di valore giuridico. Perché questo accada occorrerà attendere il 1941, quando una legge attribuisce esplicitamente il valore giuridico di principi generali alle norme della Carta del lavoro⁵. È questo il contesto nel quale si procede alla elaborazione del Codice civile e nel quale progressivamente all'interno della cultura giuridica non può più essere eluso il tema del rapporto tra l'ideologia del regime, quale espressa nella Carta del lavoro, il nuovo strumentario di intervento pubblico nella economia e di limitazione della proprietà privata, e il quadro delle norme e dei principi generali del diritto privato.

In altri termini, quando — intorno alla metà degli anni '30 — il regime si pone gli obiettivi tanto di realizzare un nuovo Codice civile, quanto di tradurre il corporativismo in un quadro istituzionale compiuto, il terreno è già arato, sia sul piano di un progressivo affinamento degli aspetti ideologici, sia su quello di una riorganizzazione del rapporto tra pubblico e privato nell'economia, che configura gli istituti del diritto civile in modo differente rispetto alla conformazione propria dello Stato liberale, e non solo a livello delle enunciazioni generali e verbali.

3. Teoria e pratica nell'attuazione del corporativismo

Prima di affrontare il tema della ricodificazione del diritto civile, conviene ricordare brevemente il percorso del regime per quanto concerne la traduzione del corporativismo in un nuovo assetto statale.

³ V. in particolare R.D. 13 febbraio 1933 n. 215. Per i riflessi civilistici della materia v. gli artt. 857-868 cod. civ.

⁴ L. 17 agosto 1942 n. 1150.

⁵ L. 30 gennaio 1941 n. 14.

L'intervento pubblico nell'economia, al quale ho in precedenza fatto cenno, non avviene attraverso le istituzioni del corporativismo, ma neppure mediante i tradizionali apparati ministeriali dell'esecutivo. La via scelta è quella di ricorrere ad apparati di governo dell'economia autonomi rispetto alla pubblica amministrazione in senso proprio. Molti di questi, come ricordavo, sopravviveranno a lungo alla caduta del regime.

L'attuazione del corporativismo come «Stato nuovo» è invece un altro processo, che ha luogo lentamente e per passi successivi.

Nel 1926 si istituiscono le corporazioni (nelle quali i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori si ritrovano insieme: forte è l'incidenza della interpretazione corporativa che prima della guerra era stata data alla dottrina sociale cristiana) e il Ministero delle corporazioni⁶. È subito evidente che questo ministero non ha quasi alcun potere e che, di fatto, il sistema non ha alcuna incidenza sui reali poteri di governo.

Una seconda legge del 1930 attribuisce maggiori poteri al Ministero delle corporazioni e al Consiglio nazionale delle corporazioni⁷. Rimane però non risolto il nodo decisivo del rapporto fra questa struttura del corporativismo e quello, che rimane centrale, della struttura stato-partito; la sostanza del potere giuridico rimane al Capo del governo e ai ministri e di quello politico al partito, unificati ovviamente nella persona di Mussolini.

Tenta di dare una soluzione a questo problema una ulteriore legge del 1934⁸. Nel Consiglio nazionale delle corporazioni si individua il luogo di sintesi politica e decisionale fra le strutture tradizionali di governo, le corporazioni e lo stesso partito: si prevede, ad esempio, che il segretario del partito nazionale fascista possa essere presidente di una delle corporazioni. La legge del 1934 attribuisce per la prima volta poteri e competenze anche incisive al Consiglio nazionale delle corporazioni, e non solo in materia di rapporti sociali, ma anche di disciplina unitaria della produzione, come, ad esempio, quello di stabilire prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge anche a rapporti tra privati. Contemporaneamente la Camera dei deputati viene trasformata in Camera dei fasci e delle corporazioni. C'è insomma il tentativo di unificare la struttura corporativa, le strutture tradizionali dello Stato (governo e parlamento) e gli apparati dell'intervento pubblico nell'economia intorno ad un unico soggetto.

⁶ La L. 3 aprile 1926 n. 563 sulla «disciplina giuridica dei rapporti di lavoro» e il R.D. 1 luglio 1926 n. 1130 – contenente norme attuative – istituiscono le Corporazioni. Il R.D. 2 luglio 1926 n. 1131 istituisce il Ministero delle Corporazioni.

⁷ L. 20 marzo 1930 n. 206.

⁸ L. 5 febbraio 1934 n. 163.

In concreto, tuttavia, la struttura corporativa eserciterà per lo più funzioni consultive. Non diverrà mai una vera sede decisionale. E ciò anche perché, a partire dal 1936 per il fascismo diviene centrale la preparazione della guerra; la direzione dell'economia viene finalizzata al riarmo e viene data la prevalenza a strumenti eccezionali di intervento coerente a una logica di emergenza.

In definitiva il corporativismo rimase fino alla caduta del regime una ipotesi teorica, un progetto. E tuttavia non solo a livello di principi, ma anche a livello di ordinamento giuridico, gli strumenti e le strutture erano state predisposte. Tutti questi dati naturalmente non potevano non incidere sulla riforma del diritto civile, avviata contemporaneamente dal regime.

4. *Corporativismo e codificazione del diritto civile*

Come si manifestò l'incidenza dell'ideologia e delle istituzioni del fascismo e del corporativismo nella elaborazione del nuovo Codice civile, che è ancora vigente in Italia?

Della necessità di una riforma del diritto privato comincia a parlarsi durante la Grande Guerra. Sia l'intervento nell'economia prodotto dalla legislazione bellica, sia l'esigenza di dare una risposta sociale alle masse mobilitate per la guerra, inducono a porre il tema. Tra coloro che ne scrissero con lucidità fu Filippo Vassalli, allora giovanissimo studioso, e poi autore — come primo consigliere del ministro della giustizia Dino Grandi — delle scelte decisive che caratterizzarono il nuovo Codice.

Uno dei primi atti del governo Mussolini, nel 1923, fu l'approvazione di una legge delega per la riforma del Codice civile⁹. La portata delle delega era però modestissima. L'ambito della riforma era circoscritto a tre materie.

In primo luogo, l'unificazione legislativa con il diritto applicato nelle province annesse dopo la guerra (Sud Tirolo e Istria), che era quello austriaco. In secondo luogo, la modifica di alcuni istituti specifici, concernenti il diritto delle persone, la famiglia, la trascrizione, la prescrizione. Infine, si prevedeva di emendare quegli articoli del Codice «che davano luogo a questioni interpretative o erano comunemente riconosciuti imperfetti». Insomma, un compito molto tecnico. E così fu inteso a lungo, per quindici anni, da coloro che si occuparono — senza particolare sollecitudine, e comunque senza alcun profilo politico — di attuare la delega.

⁹ L. 30 dicembre 1923 n. 2814.

Un'opera di coordinamento e di revisione. E la cultura giuridica accademica apertamente la intese e la teorizzò in questi termini: il Codice civile doveva conservare il ruolo tradizionale, nel quale venivano custoditi gli immutabili istituti del diritto privato.

Le «novità» del regime restarono invece, come leggi di diritto pubblico — e, se toccavano il diritto privato, come leggi «speciali» — in un corpo separato: in fondo, com'era accaduto nel mezzo secolo di applicazione del Codice civile del 1865¹⁰.

Fu intorno alla metà degli anni '30 che gli ideologi del corporativismo reagirono in modo drastico a questa tendenza (il nome che va ricordato è soprattutto quello di Sergio Panunzio). La loro tesi era che il Codice civile, in quanto tale, era, e non poteva non essere, espressione del liberalismo, non certo del fascismo. Si mantenga pure un Codice civile come strumento tecnico. Ma nel nuovo sistema esso doveva essere degradato da statuto fondamentale della società civile (come nel periodo liberale) a insieme di regole, appunto, meramente tecniche. La via da seguire era pertanto quella di subordinare normativamente il Codice civile ai principi giuridici del fascismo.

Questa impostazione portò alla legge del 1941 — che prima ricordavo — la quale diede valore giuridico di «principi generali dell'ordinamento» alla Carta del lavoro.

Questa soluzione non apparve sufficiente al regime. Il fascismo decise, infatti, nella seconda metà degli anni '30, di dare un rilievo centrale alla riforma dei codici, non solo del codice civile, ma anche di quello penale e dei due codici processuali. Vi fu un forte elemento di propaganda in questa scelta. Il regime parlò di codici Mussolini che sostituivano i codici di Napoleone, quasi a segnare una fase storica completamente nuova. Ma fu solo propaganda? Nel secondo dopoguerra fu questa la risposta prevalente da parte della cultura giuridica e della nuova democrazia, che infatti decise di mantenere il codice civile del 1942, depurato dagli espressi riferimenti al fascismo e al corporativismo.

Ma la ricerca della storiografia giuridica italiana dell'ultimo decennio ha mostrato che questa risposta è troppo semplicistica: vi sono effettivi elementi di novità rispetto al tradizionale sistema del diritto privato.

¹⁰ Che — come è noto — era poco più che una traduzione letterale del Code Napoléon.

5. *Tradizione e rivoluzione nella codificazione del diritto civile*

La novità non venne però dalla prospettiva indicata dai teorici del corporativismo e dai giuristi (e non mancavano anche nell'accademia) che facevano esplicita professione di fascismo.

Ammesso infatti che davvero esistesse un corpo di principi giuridici del corporativismo dal quale far discendere come mera strumentazione tecnica un codice civile, non fu quella la via seguita dal regime. La stessa legge del 1941 che attribuisce valore giuridico alla Carta del lavoro precisa — e la relazione è molto chiara al riguardo — che le norme della Carta del lavoro non sono direttamente applicabili ai rapporti fra privati, ma svolgono il ruolo di principi generali, che valgono essenzialmente come criteri direttivi per la applicazione delle norme di legge¹¹.

Persero però la partita anche quei giuristi di impianto tradizionale che avevano lavorato alla riforma nel primo quindicennio e che ne furono estromessi nella fase finale e decisiva. La loro tesi, apertamente enunciata, era che la riforma del codice civile fosse un'opera meramente tecnica, interna alla logica sostanzialmente immutabile del diritto privato e delle categorie romanistiche; e che il corporativismo, importantissima novità del regime, avesse altrove il suo luogo di regolazione. In questo quadro cruciale era mantenere la separazione fra diritto privato, diritto commerciale (che aveva un proprio codice autonomo) e diritto del lavoro.

Quali furono allora le novità? Le ragioni per le quali può parlarsi del Codice civile italiano del 1942 come di un testo normativo effettivamente diverso dai codici liberali risiedono nel nuovo rapporto che in esso si esprime fra diritto privato e diritto pubblico nella regolazione dei rapporti economici.

Diverse sono le vie attraverso le quali questa innovazione si verifica.

In primo luogo, nel codice civile sono contenuti in più parti riferimenti espliciti al diritto corporativo. Le norme corporative vengono espressamente elencate tra le fonti del diritto, al terzo posto dopo le leggi e i regolamenti e prima della consuetudine, nell'ambito delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al nuovo testo del codice civile¹². In questo ambito è anche contenuto un riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, applicabili nel caso di una lacuna legislativa che non possa essere colmata con l'analogia¹³. Questa è una innovazione

¹¹ Art. 1 L. 30 gennaio 1941, n. 14.

¹² Art. 1 disp. prel. cod. civ.

¹³ Stabilisce l'art. 12 c. 2 disp. prel. cod. civ: « Se una controversia non può essere decisa

nel sistema, e nella relazione si afferma che tra questi principi generali rientrano quelli contenuti nella Carta del lavoro. Al corporativismo si fa altresì riferimento nelle norme del codice che contengono clausole generali: il dovere di correttezza nell'adempimento dell'obbligazione, la regola finale per l'interpretazione del contratto¹⁴. In particolare si fa in più luoghi riferimento al principio della «solidarietà corporativa».

Il secondo elemento innovativo risiede nella unificazione del diritto civile, del diritto commerciale e del diritto del lavoro nel nuovo libro V del codice, intitolato al «lavoro». Alla base è la concezione comunitaria dell'impresa come luogo della collaborazione tra imprenditore e lavoratore. È espressamente previsto il dovere dell'imprenditore (sanzionato con la sospensione dell'esercizio dell'impresa o con la nomina coattiva di un amministratore speciale) di uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, rendendolo responsabile verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi¹⁵.

In terzo luogo, sono inserite nel codice norme di intervento pubblico nell'economia o di prevalenza nell'interesse della produzione rispetto a quello individuale del privato, del tutto estranee non solo al vecchio codice civile, ma in generale alla tradizione individualista e privatista del diritto civile. Così nella disciplina del contratto vi è una norma che stabilisce che le clausole e i prezzi imposti dalla legge o dalle norme corporative sono inserite di diritto nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi volute dalle parti¹⁶. In materia di proprietà, nella disciplina delle immissioni si stabilisce che le esigenze della produzione devono avere un peso rilevante nella definizione dei rapporti fra proprietari di fondi vicini¹⁷. Sempre in tema di proprietà è prevista l'espropriazione per il proprietario che abbandoni la conservazione e la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale¹⁸. Infine, vengono inserite nel codice civile le teste di capitolo delle leggi dirigiste e di regolazione dell'intervento pubblico nell'economia. Mentre nei codici civili dell'800

con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

¹⁴ V. rispettivamente gli artt. 1173 e 1371 cod. civ. in cui si allude ai «principi della solidarietà corporativa» e ai «principi dell'ordine corporativo».

¹⁵ Art. 2088 cod. civ.

¹⁶ Art. 1339 cod. civ.

¹⁷ Art. 844 cod. civ.

¹⁸ Art. 838 cod. civ.

la norma definitoria della proprietà è seguita dalle disposizioni che regolano secondo una logica individualistica i rapporti tra i proprietari, nel codice del 1942 alla definizione della proprietà segue il richiamo alle leggi speciali¹⁹, come quelle in materia di riordinamento della proprietà rurale, bonifica integrale, vincoli idrogeologici, piani regolatori della proprietà edilizia, e così via.

6. Il codice civile come statuto di un'economia mista con una direzione pubblica autoritaria

Da questo quadro d'insieme si può ritenere in effetti che il Codice civile italiano del 1942 fu un testo normativo davvero nuovo rispetto alla tradizione individualista e privatista del diritto civile. Gli istituti tradizionali del diritto privato — il diritto soggettivo, il contratto, la proprietà, l'impresa — venivano inseriti nello statuto di una economia mista con forti elementi di direzione pubblica. In questo senso, il nuovo codice si inserisce organicamente nel tentativo del fascismo di dare una risposta alla crisi del '29 e ai nuovi rapporti tra masse e istituzioni, secondo la logica di un capitalismo organizzato, nel quale le fondamenta privatistiche e proprietarie del sistema non venivano messe in discussione, ma erano reinserite in un contesto nel quale allo Stato veniva affidato il compito di gestore di ultima istanza del sistema.

Non è certamente un codice fascista nel senso in cui lo immaginavano gli ideologi del fascismo, ma non è neppure un codice liberale. L'impronta del corporativismo in fieri, e ancor più quella degli strumenti di direzione pubblica della economia introdotti negli anni '30, è ben visibile.

Che cosa sarebbe successo se il regime non fosse caduto? Per fortuna non lo sappiamo, perché appena completato il quadro normativo della struttura corporativa dello Stato e della nuova organizzazione del diritto privato l'Italia è in guerra. Il fascismo crolla un anno dopo l'entrata in vigore del nuovo codice civile. Quel che si può dire è che era stata predisposta una strumentazione, sia per quanto riguarda le istituzioni che per quanto riguarda il diritto privato, che avrebbe in ipotesi potuto portare a una economia mista con una direzione pubblica autoritaria. Né mancò fra

¹⁹ Art. 832 cod. civ.: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

i giuristi chi teorizzò questa nuova dimensione del diritto privato, a partire dal massimo protagonista della nuova codificazione, Filippo Vassalli, che sostenne, con accenti diversi ma senza modificare la tesi di fondo, sia prima che dopo la caduta del regime, la necessità di uno statuto del diritto privato nuovo, rispetto a quello tradizionale del diritto liberale²⁰.

È qui il momento di inserire una parentesi che non può essere in alcun modo pretermessa. Nella disciplina del diritto della persona e della famiglia contenuta nel codice civile del 1942, e della quale non mi sono occupato perché estranea al tema specifico di questo intervento, vengono recepite le leggi razziali antisemite del regime²¹: qui è la macchia indelebile, il vero tradimento dei chierici, dal quale nessun revisionismo può assolvere coloro che accettarono di collaborare a quell'attività legislativa.

7. Il codice del ventennio dopo il ventennio

Ancora una breve riflessione sul destino del codice dopo la caduta del regime. La nuova democrazia italiana istituì una commissione per la defascistizzazione dei codici²². Si discusse tra i giuristi, nel periodo tra il '45 e il '48, e si misurarono tesi molto diverse fra loro. C'era chi sosteneva che il nuovo codice civile andava integralmente abrogato, con il ritorno al testo del 1865, perché si era in presenza di un codice fascista. Secondo questa tesi, i riferimenti al corporativismo e gli altri aspetti che ho richiamato non erano mere sovrastrutture ma aspetti fondanti di un testo normativo caratterizzato dall'autoritarismo statale e dalla struttura corporativa dell'economia ispirata alla Carta del lavoro. Cancellati l'uno e l'altra nella nuova Costituzione, anche il codice del fascismo andava semplicemente abrogato.

Un ritorno al sistema liberale dunque. Ma anche i giuristi di sinistra chiesero l'abrogazione del codice civile, con un argomento però diametralmente opposto. La tesi fu che le istanze sociali e il richiamo agli interessi generali erano una mistificazione del regime. Il nuovo codice andava abrogato non per tornare al passato, ma per sostituirlo con un nuovo codice di

²⁰ Cfr. F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1947, pp. 76 ss. (il lavoro si fonda su una relazione pronunciata dall'autore nel 1942).

²¹ In particolare nell'art. 1 c. 3 cod. civ.: «Le limitazioni alla capacità derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali».

²² La commissione viene preannunciata dall'art. 1 D.L. Lgt. 14 settembre 1944 n. 287.

ispirazione democratica e socialista, attuativo dei nuovi principi contenuti nella Costituzione repubblicana.

La parte prevalente della cultura giuridica scelse però una via diversa, mediana e minimalista. La tesi (spesso sostenuta dai medesimi studiosi che negli anni '30 si erano impegnati a sottolineare gli elementi di novità introdotti dal fascismo) fu che nel codice erano contenute concessioni verbali al regime, che non ne modificavano la continuità rispetto all'impianto tradizionale del sistema. Sarebbe stato sufficiente, per defascistizzare il codice, togliere le parole di troppo, e in particolare i riferimenti al corporativismo. Questa fu la tesi che poi prevalse, anche se la commissione per la defascistizzazione del codice civile, presieduta da un giovane studioso antifascista di diritto romano, Giovanni Pugliese, aveva svolto un lavoro ben più interessante e era giunto a una conclusione più impegnativa già allora, non dissimile da quelle alle quali è giunta la storiografia più recente e alle quali ho anch'io fatto prima riferimento.

Con una mera ripulitura verbale il codice civile italiano è rimasto quello del 1942. Ciò poté accadere per due ragioni fondamentali. La prima è che la nuova Costituzione italiana conteneva un nuovo quadro di riferimento, anzitutto in tema di principi generali, che consentì effettivamente alla civilistica italiana, a partire dagli anni '60, di dare contenuti sociali e una interpretazione avanzata agli aspetti innovativi del codice. La seconda ragione è che nell'immediato dopoguerra prevalse una politica economica fortemente liberista; gli strumenti di intervento dello Stato nell'economia rimasero, come prima ricordavo, ma sullo sfondo; il bivio aperto dal fascismo fu sciolto in un modo tale che consentì di mantenere gli elementi dirigisti in un contesto subalterno a una logica capitalistica di tipo tradizionale.

8. *Sull'esistenza ed i caratteri di una «cultura fascista»*

Ultime considerazioni. Come è noto, nel dibattito sul fascismo in Italia, molto si è discusso della tesi di Benedetto Croce secondo la quale il fascismo non fu che una parentesi, chiusa la quale si poteva riprendere il filo interrotto dal regime. E si è anche discusso se sia esistita una «cultura fascista»: domanda alla quale un maestro come Norberto Bobbio ha dato una risposta negativa²³.

²³ N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, 1973, pp. 209 ss.

Le riflessioni più recenti della storiografia giuridica sul diritto civile del fascismo possono indurre però a conclusioni diverse. Il fascismo tentò una riorganizzazione dei rapporti tra pubblico e privato, tra intervento dello Stato ed economia di mercato, che pesò a lungo nei decenni successivi. E di una cultura giuridica del fascismo si può probabilmente parlare, con riferimento al campo ampio che fu offerto dal regime a spinte ed istanze che si erano venute già raditando in Italia nei decenni precedenti: una reazione statalistica, burocratica, antiparlamentare e antiliberalista, che trovò nel fascismo e nella sua ideologia la possibilità di realizzare un proprio progetto di riorganizzazione, in chiave autoritaria, produttivistica e di reazione sociale, dei vari campi del diritto, compreso quello privato.

Il modello istituzionale dello stato corporativo, l'idea della collaborazione tra le classi, la riorganizzazione dell'interesse generale intorno all'interesse alla produzione nazionale, uno Stato non più separato dalla società civile: questi mi sembrano tratti idonei a caratterizzare una cultura e una prassi del diritto con forti elementi di autonomia teorica ed operativa. Si aggiunge che, a differenza del nazismo, il fascismo mantenne il fondamento dell'ordinamento giuridico sul principio di legalità, anche alla luce della affermata continuità istituzionale (lo Statuto albertino, la monarchia). Il fascismo, sul terreno dello Stato, non rivendicò un momento di rottura rivoluzionaria. In questa dialettica reazione-continuità-innovazione risiede probabilmente lo specifico del diritto fascista; ed il diritto civile non ne fu affatto estraneo, né nella riflessione e nella categorizzazione dei giuristi, né nella ridefinizione di molte norme e clausole esegetiche.

*La giusprivatistica fra codice e scienza**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'unificazione nazionale e il modello del «Code civil» – 3. La costruzione dello Stato unitario e il primato della scienza – 4. I limiti del codice civile e il «socialismo giuridico» – 5. La riforma del codice e l'«invincibile scetticismo» di V. Scialoja – 6. La 'forma codice'. Tecnica e politica nella codificazione 'fascista' – 7. F. Vassalli e la crisi del diritto privato liberale – 8. La «necessità del governo di grandi masse», il problema dello Stato e la riforma del diritto privato – 9. Il destino del codice 'fascista' e la rivincita della tradizione – 10. Dal capitalismo organizzato al riassetto liberista – 11. I giuristi e il fascismo: l'ideologia della neutralità – 12. Il disgelo costituzionale e la rilettura del codice.

1. *Premessa*

Tra le possibili strade da seguire, per offrire una chiave di lettura del ruolo della cultura del diritto privato nell'Italia postunitaria, la meno arbitraria mi è sembrata quella costruita sul rapporto tra la riflessione scientifica e il testo normativo che per il privatista è stato e rimane la base fondamentale, il punto di partenza del proprio lavoro: il codice civile.

Una vicenda complessa, che si snoda intorno a passaggi molteplici, a prese di distanza e a successivi riavvicinamenti tra scienza e testo. Nella quale è possibile, a ben vedere, cogliere anche almeno alcuni aspetti del ruolo, tutt'altro che secondario anche se raramente studiato, di ideologia dei gruppi dominanti che la scienza del diritto privato ha svolto, particolarmente in alcuni passaggi importanti della storia dell'Italia unita.

Uno svolgimento esauriente del tema avrebbe richiesto sviluppi ben più ampi di quelli contenuti nelle pagine che seguono. Qui mi sono soprattutto soffermato, all'interno di una cornice di sintesi degli sviluppi precedenti e successivi, su uno dei passaggi cruciali: la sostituzione, voluta dal fascismo, del codice postunitario del 1865 con il nuovo testo del 1942, e il destino della riforma in seguito alla caduta del regime. Passaggio significativo non solo per l'evidente rilevanza che assunse quel momento, alla luce del filo conduttore (il rapporto tra codice e scienza) che si è qui prescelto; ma anche perché nel periodo tra la fine degli anni Trenta e la metà degli anni Quaranta la giusprivatistica ha svolto – nella definizione e poi nel parziale smantellamento dell'organizzazione giuridica del regime – un ruolo tanto più rilevante, quanto meno esplicito e visibile; emblematico quindi di una

* Pubblicato in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Bari-Roma, 1990, pp. 233-273.

vicenda culturale molto più significativa, per la storia d'Italia, di quanto comunemente si ritenga; e ancora in gran parte da raccontare.

2. *L'unificazione nazionale e il modello del «Code civil»*

Lo Stato unitario che emerge dal Risorgimento si riconosce pienamente nel modello di organizzazione giuridica che si era data la Francia dopo il travaglio della Rivoluzione, dell'età napoleonica, della Restaurazione.

La netta separazione dei compiti tra diritto pubblico e privato aveva consentito, in Francia, di lasciare immutata (nella trasformazione del sistema politico) l'idea che lo statuto della società civile fosse da affidare al codice: cioè a un testo, per sua stessa natura, autonomo dalla soluzione adottata per l'organizzazione dei pubblici poteri, e tale da definire i tratti fondanti sia dei rapporti tra i cittadini, sia dei rapporti tra sfera dell'economia e sfera della politica. Il *code civil* non è solo un modulo entro il quale disporre le regole dei rapporti privati. Esso è molto di più: è l'espressione più organica e duratura dell'idea che sia possibile porre, con un atto legislativo, un insieme completo e razionale di regole, nelle quali i principi della libertà individuale si assestino e pervadano l'intera rete delle relazioni economiche¹.

Il modello del *code* è quasi obbligato per i ceti dirigenti italiani chiamati a dare un'organizzazione giuridica stabile alla nazione finalmente unificata². Non solo per l'assetto sociale che i contenuti del *code* configurano (modellato sulla conservazione della società di proprietari rurali uscita dal processo rivoluzionario, ma aperto al tempo stesso allo sviluppo del capitalismo commerciale e industriale, attraverso il parallelo codice di commercio); ma anche, e soprattutto, per la garanzia che a quell'assetto è offerta dal fatto stesso dell'essere sanzionata dallo Stato. La grande forza del modello *code* è nel saldare l'organizzazione privatistica e proprietaria della società con la fonte pubblica dalla quale il sistema di regole promana. È lo Stato, attribuendo forza di legge a quel sistema, a dare ad esso la dignità di espressione della volontà generale.

¹ Cfr per tutti J. MAILLET, *Codification napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 11 ss.

² Cfr. A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, pp. 3 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1968, pp. 73 ss.; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, 1980, pp. 13 sgg.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Roma-Bari, 1985, pp. 11 ss.

A differenza di quanto accade in Germania (per non parlare dei paesi anglosassoni), in Francia, e poi in Italia, è la legge, espressione dello Stato, a dettare lo statuto della società civile. E fino a quando la fonte della legge rimane saldamente nelle mani delle classi e dei gruppi interessati alla conservazione delle regole proprietarie e di scambio, così come definite dal codice, nessuna contraddizione interviene tra concezione statalistica e del diritto e organizzazione privatistica della società.

In questo senso, dunque, nessuna vera alternativa si presentava alla Destra storica, rispetto alla scelta di dare all'Italia unita un codice civile modellato secondo la logica, insieme statalistica e privatistica (nel senso che si è visto), del *code civil*. Per tale via, il codice civile diviene, ben più dello Statuto albertino, la vera costituzione dell'Italia unita³: il luogo nel quale le classi e i ceti che escono vincitori dal Risorgimento possono riconoscere insieme la propria ideologia di uno Stato-nazione fondato sulla libertà, a partire da quella economica, e i propri concreti interessi materiali alla conservazione dei rapporti di proprietà nelle campagne e al libero sviluppo delle attività commerciali e industriali. La società civile si unifica nazionalmente attraverso il primato della legge, che si esprime nelle regole del codice. È un primato, quello legislativo, che non consente, e anzi nemmeno contempla, un autonomo statuto scientifico del diritto. Ai giuristi spetta solo di interpretare le singole norme, di chiarirne il significato, agevolare il compito di quanti, giudici e avvocati, sono chiamati ad applicarle. Il commento dello *ius conditum* è il compito del giurista, secondo la metodologia propri di quella che (ricalcando anche in questo l'esperienza francese) è chiamata la Scuola dell'esegesi⁴.

La subalternità del giurista alla lettera della legge corrisponde alla subalternità della cultura alla sfera della politica; la quale, d'altronde, ha il suo immediato tessuto connettivo nella funzione stessa di completare l'opera del Risorgimento, costruendo l'organizzazione giuridica del nuovo Stato nazionale. Anche da questo punto di vista, il primato del legislatore lascia poco spazio a una funzione non residuale e «tecnica» del lavoro del giurista.

³ Cfr. P. UNGARI, *Letà del codice civile*, Napoli, 1967, pp. 129 ss.; N. IRTI, *Letà della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 8 ss.

⁴ Cfr. G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il LX della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, pp. 239 ss.; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 93 ss.; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, pp. 33 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, pp. 155 ss.

3. *La costruzione dello Stato unitario e il primato della scienza*

A partire dagli anni Ottanta, tuttavia, il rapporto tra legge e giurista, tra codice e scienza, si modifica radicalmente, quasi si capovolge, e si avvia un processo al termine del quale non è più il testo normativo a legittimare la funzione (esegetica) del giurista, ma è la ricostruzione scientifica del diritto privato in sistema a fondare la razionalità delle regole e delle soluzioni normative accolte dal codice⁵.

Lo strumento di questa radicale ricollocazione della funzione della cultura giuridica (e non solo di quella privatistica) è la cosiddetta recezione dei metodi di indagine e delle finalità del lavoro del giurista propri della scienza giuridica tedesca: di quella scuola pandettistica che svolgeva in prima persona – nell'assenza, protratta in Germania fino alla fine del secolo, di un codice nazionale – il compito di organizzare il diritto privato in sistema, utilizzando come punto di partenza normativo il diritto romano giustiniano.

Leggere questa vicenda come un episodio tutto interno alla disciplina, di affinamento dei metodi e delle tecniche attraverso l'importazione di dottrine germaniche in sostituzione di quelle francesi, fino allora prevalenti, sarebbe troppo riduttivo. E infatti la recente storiografia ha sottolineato come la 'recezione' della pandettistica sia stata lo strumento attraverso il quale la cultura italiana del diritto privato realizzò due operazioni di grande respiro: la prima fu la trasformazione dello studio del diritto in specialismo scientifico, secondo una tendenza che caratterizzava l'intera cultura europea nello scorcio del secolo; l'altra, specificamente italiana, mirò a fornire una legittimazione nuova e più forte dell'assetto privatistico dell'ordinamento giuridico, affidato non più solo e tanto alla volontà legislativa (e quindi alla fonte, come tale contingente, che detta le regole del codice), ma alla razionalità intrinseca, depurata da ogni elemento contingente, del sistema di regole del diritto privato, svelta dall'opera dello scienziato⁶.

In Germania, è lo stesso codice civile (che entra in vigore il 1° gennaio 1900) a essere il prodotto dell'opera della scienza: i pandettisti, muovendo dalla rivendicazione dell'autonomia del ruolo dell'intellettuale-giurista

⁵ Cfr. L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Relazioni industriali*, 1988, pp. 13 ss.

⁶ Cfr. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, cit., pp. 187 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 127 ss.; A. MAZZACANE, *Introduzione a* ID. (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento*, Napoli, 1986; A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, 1987.

rispetto alla fonte legislativa del diritto, e, in questo senso, dall'autonomia della funzione sociale dei giuristi rispetto al potere politico, giungono a ricomporre la contrapposizione tra primato della giurisprudenza e codificazione legislativa. L'identità medesima dello specialismo disciplinare è individuata nella costruzione scientifica, con strumenti logici e avalutativi, di un sistema di principi e di istituti; e il codice si pone come traduzione normativa di quel sistema: la recezione della pandettistica da parte della cultura giusprivatistica italiana le consente di reimpostare a sua volta la questione del rapporto tra sistema giuridico e legge, tra diritto privato e codice civile. Non certo nel senso di superare le strettoie del positivismo giuridico, che viene anzi ribadito e, per così dire, riqualificato dall'abbandono del metodo esegetico; ma nel senso che il codice appare l'espressione del sistema, e non il contrario. È il «diritto privato» (come insieme di categorie razionali storiche) a costituire lo statuto della società civile, più del «codice civile» (che, sul piano delle fonti del diritto, è una legge come le altre).

La razionalità dell'assetto privatistico dei rapporti sociali è così svincolata dalla contingenza della volontà del legislatore, che del resto, a partire dalla fine del secolo, comincia a esprimersi, multiforme e variabile, nell'incremento delle leggi 'speciali'. Leggi però che, appunto in quanto estranee al 'sistema' non hanno – nella ricostruzione della scienza giuridica – la stessa 'qualità' del codice.

Alle categorie legislative di quest'ultimo (proprietà, contratto) vengono sovrapposte categorie concettuali, che ne costituiscono una sorta di ipostattizzazione (il diritto soggettivo, il negozio giuridico).

Si legittima in tal modo non solo la funzione sociale dei giuristi come portatori di uno specialismo scientifico che è esso stesso forma di organizzazione del potere, ma anche l'organizzazione giuridica dello Stato unitario secondo la logica e la razionalità dell'individualismo proprietario, del quale la giusprivatistica tedesca è una delle più alte espressioni teoriche nel secolo scorso. E la giusprivatistica fornisce infatti per tale via le basi concettuali anche per altre discipline giuridiche, a partire dal diritto pubblico (è del resto Vittorio Emanuele Orlando a riconoscere espressamente il debito della scuola giuspubblicistica da lui fondata, con il nuovo indirizzo degli studi di diritto privato)⁷.

La scienza giuridica si attribuisce in tal modo la funzione di guida della costruzione dello Stato di diritto unitario, e afferma la propria supremazia, in quanto 'scienza', sulla 'tecnica' del diritto: la tecnica dei tribunali e delle

⁷ Cfr. G. CIANFEROTTI, *La prolusione di Orlando – Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale* (consultato in dattiloscritto per la cortesia dell'A.), anche per quanto segue.

amministrazioni, ma anche quella politico-legislativa. Una supremazia destinata a durare almeno fino alla metà di questo secolo, e che attraverso – come vedremo – la stessa opera di sostituzione del vecchio codice civile con il nuovo testo del 1942.

4. *I limiti del codice civile e il «socialismo giuridico»*

Quando, nell'età giolittiana, si apre il dibattito sui limiti e le insufficienze del codice civile del 1865, la giusprivatistica non dispone degli strumenti adeguati per affrontarlo secondo moduli corrispondenti alle effettive esigenze di rinnovamento. I giuristi dibattono di crisi e riforma del codice, senza riuscire a individuare il filo rosso intorno al quale costruire la trama di una rilettura di quel testo, che possa costituire l'indispensabile premessa della sua riscrittura.

L'indirizzo concettuale e sistematico dominante continua a privilegiare (secondo quella che del resto è, come si è visto, la sua stessa ragion d'essere) il compito di riorganizzazione del sistema, attraverso il passaggio dalle categorie (legislative) del codice a quelle (scientifiche) della pandettistica, rispetto al quale non ha neppure senso il progetto di una ridefinizione della disciplina privatistica intorno a un nuovo modello di codice.

L'idea della riforma del codice, per la verità, non era affatto assente nella giusprivatistica dominante⁸. Ma si muoveva su piani diversi e sostanzialmente di rilievo secondario, senza trovare un'idea-forza aggregante che fosse alla base di un disegno veramente innovatore. La condizione minoritaria della donna e l'arretratezza dei rapporti familiari sollecitano la riforma del diritto delle persone e della famiglia. L'arcaismo della disciplina della circolazione dei beni rispetto alle esigenze di un'economia moderna induce a porre la questione di una normativa più adeguata di istituti come la trascrizione o la prescrizione. Ma né queste né altre istanze di riforma si avvicinano al *corpus* vero, alle linee di fondo del sistema del diritto privato patrimoniale. La stessa attenzione per il fenomeno della moltiplicazione delle leggi speciali, che pure è visto con crescente preoccupazione per le sorti dell'unitarietà del diritto civile e della centralità del codice, si concretizza poi in un'esigenza di sfoltimento e di semplificazione delle fonti,

⁸ Cfr. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, cit., pp. 16 ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, cit., pp. 121 ss.

senza giungere al nodo vero – che sarà invece ben colto, come si vedrà, nella codificazione del 1942 – che è quello del modo attraverso il quale le regole e i principi nuovi delle leggi speciali, si coordinano e si rapportano con i principi e le regole del diritto civile liberale.

La grande svolta della cultura giuridica di fine secolo esaurisce così la sua funzione progressiva. Nell'arco del trentennio che precede la grande guerra, la dottrina del diritto civile ha fornito, come si è accennato, le categorie centrali del pensiero giuridico che dominava lo Stato tardo-liberale, attraverso l'acquisizione della pandettistica e la definitiva liquidazione del metodo esegetico. Il sistema costruito intorno al diritto soggettivo e al negozio giuridico svolge una funzione di orientamento che, con la forza esplicativa di categorie dotate di elevata capacità di razionalizzazione, va ben oltre la sfera del diritto privato, arrivando sino al diritto pubblico (costituzionale e amministrativo), che in quegli stessi decenni si viene per la prima volta costruendo come scienza. La sistemazione del diritto privato secondo le categorie della pandettistica aveva svolto, insomma, una funzione egemonica sulle stesse forme organizzative dello Stato italiano prefascista. Al tempo stesso, tuttavia, la pandettistica mostra di non avere, se non profondamente rinnovata, gli strumenti per governare le questioni che si aprono per il diritto privato nel nuovo secolo: la produzione di massa, la disciplina pubblica dell'economia. Una nuova codificazione che non affronti tali questioni non ha senso, e non può del resto neppure essere pensata come tale, e cioè non come mero aggiornamento del vecchio codice. Né una soluzione aderente alle esigenze del tempo viene dagli orientamenti culturali che, ancora nell'età giolittiana, si contrappongono in modo più o meno netto a quello prevalente.

Il tema della riforma del codice era affrontato, anzitutto, dagli autori che si possono ricondurre al filone del cosiddetto 'socialismo giuridico'⁹. In questi il progetto della ricodificazione è esplicito, ed è collegato alla denuncia dei limiti 'sociali' del codice del 1865. Una denuncia, è vero, troppo spesso venata di generico populismo; ma che tocca questioni reali, a cominciare dalla sistemazione del rapporto di lavoro¹⁰, chiuso nella gabbia ormai palesemente asfittica della *locatio operarum*. Manca tuttavia, ai fau-

⁹ Cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in *Politica del diritto*, 1970, pp. 241 ss., 387 ss.; gli studi raccolti nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-1975; M. ORLANDO, *Francesco Cosentini. Un contributo alla storia del «socialismo giuridico»*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, VII, 1977, pp. 37 ss.; F. SOFIA, *Socialismo e diritto privato*, in *Clio*, 1982, pp. 300 ss.

¹⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *La dottrina italiana di diritto privato*, in *Studi A. Arena*, IV, Padova 1981, pp. 2141 ss.

tori del 'codice privato-sociale', una progettazione giuridica, una capacità di costruire categorie concettuali, prima ancora che legislative, diverse e davvero alternative rispetto al pandettismo che viene affermandosi nella giusprivatistica. Una carenza che, evidentemente, corrisponde a un limite di fondo (anzitutto culturale e sociale) del giolittismo. Sì che la stessa, indispensabile, risistemazione del rapporto di lavoro non troverà, negli sviluppi successivi, punti solidi di riferimento nella cultura giuridica di quella scuola; e si svilupperà piuttosto, nell'esperienza corporativa, intorno a una concezione gerarchica e organicistica dell'impresa, che ha la sua matrice culturale nelle correnti autoritarie e nazionalistiche che trovano il loro massimo interprete, già nei primi anni del secolo, in Alfredo Rocco. La stessa ricollocazione postcostituzionale ripartirà molto più dal pluralismo di Santi Romano, che dall'impostazione del socialismo giuridico dei privatisti.

Più significativa, ma destinata a un esito in parte simile, è la critica 'sociale' del diritto commerciale, che ha la sua parola d'ordine, sul terreno riformatore, nella unificazione del diritto privato attraverso la soppressione del codice di commercio¹¹. Si tornerà più avanti su tale questione. Ma si può intanto osservare che per il maggior sostenitore di quella parola d'ordine nel periodo qui considerato, Cesare Vivante, l'unificazione del diritto privato ha la precisa funzione di introdurre elementi di democrazia nei rapporti economici, contro il peso dominante del grande potere economico e finanziario. Un orientamento storicamente perdente nell'evoluzione giuridica italiana lungo l'arco di tutto il nostro secolo, come dimostrerà del resto, negli anni Cinquanta e Sessanta, l'analoga sorte della riflessione di Tullio Ascarelli, che riprenderà in modo aggiornato la tematica vivantiana.

I fermenti di rinnovamento della scuola che Vivante e Angelo Sraffa organizzano intorno alla «Rivista del diritto commerciale» non incidono, così, sugli indirizzi egemoni della cultura giusprivatistica, non diversamente da quanto accade per i fautori del diritto privato-sociale.

Comune ai primi come ai secondi è il limite che deriva dal non aver affrontato la grande questione con la quale la giusprivatistica si troverà a fare i conti a partire dagli anni della prima guerra mondiale: l'intervento dello Stato nell'economia, e quindi la nuova dislocazione del rapporto pubblico-privato, con le implicazioni che ne derivano sulle categorie fondamentali del diritto civile, a partire dal diritto soggettivo e dal contratto. Per realizzare l'obiettivo di una codificazione davvero nuova, come avvenne con il codice del 1942, occorre che la civilistica italiana operasse quella

¹¹ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Archivio giuridico*, 1887, pp. 494 ss.; ID., *I difetti sociali del codice di commercio*, Roma, 1899; ID., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, 8 e 16 novembre 1902.

che con una categoria gramsciana possiamo definire una ‘rivoluzione passiva’. Si trattava in altri termini di conservare la funzione egemonica di un metodo e di un sistema concettuale astratto e uniforme come quello pandettistico, depurandolo al tempo stesso degli aspetti contenutistici incompatibili con la tutela della produzione di massa, e con l’introduzione di elementi di economia regolata. È soprattutto, anche se non solo, la categoria della volontà individuale come fondamento del diritto privato (del diritto soggettivo, del negozio giuridico) a dover essere sottratta al suo ruolo determinante nella costruzione dei concetti, perché il diritto privato possa essere riorganizzato, e reso tale da conservare, ma secondo forme più moderne e persuasive, il suo ruolo di tessuto fondamentale di una società civile che si ristrutturava intorno alla grande impresa e allo Stato interventista.

Contrariamente a quanto pensavano Cimbali o Vivante, sarà dunque un processo di ulteriore astrazione concettuale e formalizzazione del ragionamento giuridico a costruire la base della radicale riforma legislativa del diritto privato realizzata negli anni Quaranta. E fu proprio un consistente settore della giusprivatistica a comprendere tempestivamente, e a realizzare poi, le linee culturali e normative della modernizzazione del diritto privato operata in quegli anni. A tale vicenda sono dedicate le pagine che seguono.

5. La riforma del codice e l’«invincibile scetticismo» di V. Scialoja

Le grandi scelte che hanno fatto del codice del 1942 un testo profondamente innovativo, e non una mera revisione del codice abrogato, intervengono in pochissimi anni, tra il 1939 e l’inizio del 1941, pur essendo l’opera di riforma iniziata con la delega legislativa del 1923¹². I testi-base elaborati negli anni Venti e Trenta (il libro della proprietà proposto dalla commissione reale, il progetto italo-francese sulle obbligazioni, il progetto di nuovo codice di commercio) vengono abbandonati, e si decide l’unificazione del diritto privato e una nuova organizzazione dell’intera materia privatistica.

Non interessa ora fare la storia di questa codificazione, ma tentare una lettura degli orientamenti della cultura giuridica, che abbia come punto di riferimento l’idea della riforma che avevano i giuristi. Possiamo meglio precisare, alla luce di quanto si è osservato nelle pagine precedenti, che si

¹² Sulla storia della codificazione del 1942 mancano studi organici, che utilizzino il materiale d’archivio presente. Le ricostruzioni d’insieme più recenti sono quelle di BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, cit., pp. 101 ss.; e di GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, cit., pp. 213 ss.

tratta in particolare di vedere se e in che misura i giusprivatisti si pongono, e risolvono, il problema di un superamento della pandettistica che consenta di conservare alle categorie civilistiche, opportunamente rinnovate, il ruolo di architravi della riorganizzazione del rapporto tra economia e Stato, e, per tale via, di mantenere la centralità della funzione sociale della civilistica, e dei giuristi come ceti intellettuali, nella fase storica che si veniva aprendo.

È proprio la svolta della fine degli anni Trenta che segna l'affermazione della nuova scuola civilistica. Fino ad allora, aveva prevalso il conservatorismo illuminato, rappresentato soprattutto dalla figura di Vittorio Scialoja, rimasto sino alla morte (1933) il più illustre dei privatisti, e anche il protagonista del lavoro di riforma.

Già prima della guerra, Scialoja aveva posto con forza la questione del nuovo codice, per rinnovare «il nostro diritto generale», ormai divenuto «inferiore a quello di tutti gli altri popoli civili». Durante e dopo la guerra, Scialoja torna su questa esigenza. Ma, per lui, la riforma è essenzialmente opera di «coordinamento e di revisione prettamente giuridica», tranne che per istituti ben determinati, riguardanti per lo più lo stato delle persone e il diritto di famiglia, nonché la trascrizione. Si tratta in sostanza di «migliorare l'insieme dei codici, che in parte erano ormai antiquati e in parte soffrivano di originarie imperfezioni, come è in particolare il codice civile»¹³.

La visione riduttiva della riforma è resa palese sia dalla lettura restrittiva della delega contenuta nella legge Oviglio del 1923 (si tratta di provvedere alla unificazione legislativa con le nuove province, governate dal diritto austriaco; di modificare le disposizioni relative ad alcuni istituti del diritto delle persone e della famiglia, nonché alla trascrizione e alla prescrizione; di «emendare quegli articoli del codice che danno luogo a questioni ormai tradizionali o sono comunemente riconosciuti imperfetti nella forma»), sia dal fatto che l'alternativa tra nuova codificazione, e metodo delle modificazioni parziali, è vista essenzialmente come questione di opportunità, di mera tecnica legislativa¹⁴.

Manca, in definitiva, e mancherà in tutta l'opera di Scialoja, così come in quella di Mariano D'Amelio, prima suo principale collaboratore, poi suo successore come presidente della commissione reale per la riforma dei codici, la scelta per una riorganizzazione complessiva del diritto privato. In un «appunto per il duce» del ministro Grandi, del 10 gennaio 1940, conservato nell'Archivio centrale dello Stato, la questione è affrontata nei suoi

¹³ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, I, pp. 941 ss.

¹⁴ V. SCIALOJA, *La riforma dei codici di diritto privato in Italia* (1923), ora in ID., *Studi giuridici*, IV, Roma 1933, pp. 205 ss.

termini veri: «i due Pontefici Massimi della nuova codificazione, Vittorio Scialoja prima e Mariano D'Amelio poi, hanno stabilito che la riforma dei codici deve limitarsi ad un semplice compito di revisione tecnica e formale degli istituti del vecchio codice liberale e francesizzante del 1865, sostenendo il principio storicamente assurdo, per non dire antifascista, che la politica non deve avere niente a che fare con il diritto»¹⁵.

Non molto dissimile è il giudizio che darà nel 1947 Filippo Vassalli: fu dovuto a Scialoja e D'Amelio «se l'opera stagnò per lunghi anni nell'atmosfera che direi di un compito amministrativo»¹⁶. Ma dove sono le radici dell'«invincibile scetticismo» di Scialoja sulla nuova codificazione?

A ben vedere, in Scialoja prevale non tanto un conservatorismo inconsapevole, quanto il cosciente rifiuto delle possibili alternative a quel «semplice compito di revisione tecnica e formale», che solo avrebbe potuto – nella sua prospettiva – garantire la salvaguardia delle linee portanti del codice; cioè di un testo normativo «che in molti punti esce dal campo del diritto privato e costituisce lo statuto fondamentale della vita sociale ed economica di un paese»¹⁷.

La preoccupazione garantista, in ogni caso, conduce a esiti effettivamente in larga misura arretrati, rispetto a quelli possibili pur nel quadro di una visione del diritto privato sottratta a tentazioni statualistiche. Basti paragonare quanto la giurisprudenza di Weimar riesce a costruire intorno a un codice, come quello tedesco del 1900, che solo in piccola misura aveva recepito la critica antipandettistica di un Gierke, per adeguarlo alle nuove esigenze economiche e sociali¹⁸, con il contenuto non particolarmente moderno, del progetto italo-francese del 1927 di codice unico delle obbligazioni¹⁹, voluto da Scialoja («me, me, adsum qui feci»²⁰), e da lui posto alla

¹⁵ Citato da V.M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Documenti d'archivio sulla codificazione del 1942*, in *Studi degli allievi per F. Calasso*, Roma, 1978, p. 577, nota 27.

¹⁶ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in ID., *Studi giuridici*, Milano 1960, III, 2, p. 630, nota 2. Questo scritto, sul quale torneremo in seguito, fu pubblicato da Vassalli nel 1942 in *Nuova antologia*, pp. 159 ss. e successivamente ripubblicato, con qualche variante nel testo e con l'aggiunta di note, nel 1947 in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 1947, pp. 76 ss. Questa seconda versione è ripresa negli *Studi giuridici*, cit., pp. 605 ss.

¹⁷ SCIALOJA, *La riforma dei codici di diritto privato in Italia*, cit., p. 208.

¹⁸ Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano 1980, vol. II, pp. 107 ss.

¹⁹ Sul quale v. gli studi raccolti in M. ROTONDI (a cura di), *Il progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni*, Padova, 1980.

²⁰ V. SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1930, I, p. 190.

base del progetto del nuovo libro delle obbligazioni.

È il tema del superamento dei limiti del volontarismo individualistico, richiesti dall'economia di massa e dall'intervento pubblico nell'economia, che manca, e non a caso, nella prospettiva di Scialoja. Semisommerso dapprima da altri motivi di polemica, quel tema già emerge tuttavia nell'aspra e ripetuta critica che il giovane Emilio Betti – uno dei più convinti e lucidi fautori di un'innovazione sostanziale – indirizza al progetto italo-francese.

Aperto la polemica²¹ contro quella che gli appare «nulla più che una revisione del codice Napoleone del 1804», Betti segue dapprima piste nazionalistiche, rispetto alle quali D'Amelio ha buon gioco nel replicare ribaltando sull'interlocutore l'accusa di subalternità allo straniero (al tedesco, anziché al francese). È in una successiva «postilla» che Betti affronta la vera questione: il modello francese va respinto, non tanto perché straniero, ma perché radicalmente in contrasto con «la realtà odierna» dell'Italia del 1930²².

Se si guardasse in faccia quella realtà – prosegue Betti – si vedrebbe che

la tanto esaltata 'affinità di civiltà e di tradizioni' tra noi e la Francia – cui si richiama il Sen. D'Amelio – non sussiste che in una ben delimitata misura. Basterebbe ricordare, per tacer d'altro, che da noi l'ordinamento corporativo va imprimendo alla società una struttura assolutamente nuova, destinata ad attuare la collaborazione e la solidarietà fra le classi sociali e la comune loro subordinazione alle superiori esigenze nazionali; laddove la struttura sociale e politica della democrazia francese è rimasta informata alla ideologia individualistica e libertaria della rivoluzione del 1789, la quale continua ad operare colà ancor oggi, sia pure sotto altre forme e condizioni (il che rivelavo in un articolo sul progetto in questione, pubblicato nel «Popolo d'Italia» del 30 gennaio 1929). Ora se il diritto privato è essenzialmente un tutto organico coerente nelle sue parti, se fra esso e la struttura sociale dev'esserci un'intima rispondenza, è chiaro che una differenza così rilevante in questa struttura esclude la possibilità stessa di una vitale unificazione legislativa²³.

Betti pone così la vera domanda: può la struttura tradizionale del diritto privato rimanere sostanzialmente immutata, rispetto al modello individualistico classico, di fronte all'ipotesi, che si viene storicamente delineando nell'Italia di quegli anni, di un «capitalismo organizzato»? Ha senso, ad

²¹ E. BETTI, *Il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, pp. 665 ss.

²² E. BETTI, *Postilla alla replica del sen. D'Amelio*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1930, I, pp. 184 ss.

²³ BETTI, *Postilla alla replica del sen. D'Amelio*, cit., pp. 188 ss.

esempio, «astenersi dal disciplinare per intero il contratto di lavoro nel codice civile»?

La replica al secondo intervento di Betti è scritta questa volta da Scialoja medesimo. «I giovani professori, disposti ad innamorarsi delle dottrine più nuove», devono tener conto che «conviene che il legislatore non sia preso dalla mania del nuovo non ancora sperimentato; [...] conviene che gli istituti più recenti siano lasciati alla elaborazione delle leggi speciali, che facilmente possono mutarsi, emendarsi e perfezionarsi. Ad esse il codice deve contentarsi di fare rinvio»²⁴.

Qui Scialoja adombra la vera linea conservatrice (o «liberale» e «antifascista»), se si vogliono usare le parole già ricordate di Dino Grandi: i dati nuovi dell'intervento dello Stato nell'economia, e in particolare dell'ordinamento corporativo, restino nel campo delle leggi speciali; cioè nella sfera dell'eccezionalità e della contingenza, là dove la tradizione liberale aveva confinato tutta la legislazione derogatoria rispetto alle regole e ai principi del codice.

Una soluzione – quella prospettata da Scialoja, e poi, come si vedrà, radicalmente riformulata da Filippo Vassalli – che consentirebbe un duplice risultato. In primo luogo, di conservare sostanzialmente immutato il quadro di categorie e regole del diritto privato, per così dire, 'autentico', quello cioè intrinseco al codice civile, e quindi la struttura individualistica dello «statuto fondamentale della vita economica e sociale». In secondo luogo, di riservare alle regole del dirigismo economico lo stesso statuto minoritario e subalterno che la tradizione liberale riserva alle leggi diverse dal codice: adattamenti a casi concreti dei principi del codice, oppure regole eccezionali, insuscettibili di assumere valore di principio, proprio perché «possono mutarsi, emendarsi e perfezionarsi»²⁵.

Scialoja è ben consapevole della rilevanza politica del tema sollevato da Betti. Ma questo, all'inizio degli anni Trenta, è un suo punto di forza, e lo usa contro il «giovane professore». «La delegazione italiana e quella francese – egli scrive – hanno atteso ad un lavoro giuridico, senza curarsi di politica. [...] La convenienza politica del lavoro doveva essere e fu valutata dal Governo, che incaricò la delegazione italiana di attenderci, ed accolse con molto favore quella francese ogni volta che venne in Roma, compiacendosi il Capo del Governo di lodarne personalmente l'opera e di incoraggiarne il compimento. Le osservazioni del Betti, quindi, non devono, se mai, essere rivolte alla delegazione»²⁶.

²⁴ SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, cit., p. 192.

²⁵ SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, cit., p. 192.

²⁶ SCIALOJA, *Postilla alla replica del prof. Betti*, cit., p. 190 ss.

La chiamata in causa del fascismo e degli orientamenti politici del regime non poteva essere più esplicita. In quel periodo, in effetti, l'attenzione del gruppo dirigente del regime era rivolta di più alla riforma del diritto pubblico (costituzionale e penale) e all'organizzazione dell'intervento statale nell'economia, e non aveva assunto in termini politici la questione del diritto privato.

6. *La 'forma codice'. Tecnica e politica nella codificazione 'fascista'*

La svolta del fascismo sulla riforma del codice civile venne in effetti dopo, come si è accennato: alla fine degli anni Trenta. Ma essa non forzò la cultura giusprivatistica a seguire vie nuove e non subordinò la tecnica alla politica; bensì scelse di valorizzare e sostenere un filone già radicato nella più moderna civilistica di quegli anni: un filone di cui Betti fu significativa espressione, ma che aveva i più consapevoli e lucidi fautori in Alfredo Rocco, e, soprattutto, in Filippo Vassalli.

Le polemiche nei confronti dell'impostazione liberale della riforma del codice ebbe in realtà molte anime. La dura critica del Guardasigilli Grandi ai «Pontefici Massimi» ha numerosi precedenti, nella polemica dei politici contro i giusprivatisti, che «hanno cercato di esaurire e di costringere le nuove forme, i nuovi istituti, il nuovo ordinamento entro gli schemi preesistenti», trascurando l'esigenza di un codice che fissi «la profonda e sostanziale modificazione del nostro diritto privato [...] quale espressione dell'epoca mussoliniana, quale prodotto della civiltà fascista»²⁷.

Al di là delle intemperanze verbali, la critica più radicale dell'impostazione di Scialoja è quella che mette in discussione la premessa stessa dalla quale l'anziano studioso muoveva: l'essere cioè il codice civile destinato a rimanere lo statuto fondamentale della vita economica e sociale. È una critica, questa, che rimane estranea ai giusprivatisti, anche agli innovatori che, guidati da Vassalli, realizzarono poi la codificazione del 1942 (ché anzi, come si vedrà, al centro della visione di Vassalli è proprio la rinnovata centralità di un codice che assorba gli innesti dell'interventismo e del corporativismo). E tuttavia è un'impostazione con la quale la cultura dei civilisti è costretta a fare i conti. L'ipotesi, come si dirà tra breve, è quella della nuova codificazione, come via per la sanzione definitiva della subal-

²⁷ C.A. BIGGINI, *Riforma dei codici e diritto di proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 59 ss.

ternità della ‘forma codice’ rispetto ad altre fonti di produzione del diritto, di immediata origine ‘politica’. È un’ipotesi che mette evidentemente in discussione l’egemonia che il ceto tradizionale dei privatisti-romanisti aveva conquistato negli ultimi decenni dell’Ottocento, e che ha una sua forza, che discende, tra l’altro, dalla sua maggiore legittimazione politica, presentandosi esplicitamente come espressione autonoma della rivoluzione fascista, in contrapposizione al nesso ben evidente che lega la forma-codice alle sue radici liberali e individualistiche.

Il sostenitore più serio di questa posizione è il filosofo del diritto Sergio Panunzio, che dalla militanza nel sindacalismo rivoluzionario arrivò come altri, attraverso l’esperienza dell’interventismo, all’adesione convinta al fascismo²⁸. La sua posizione, d’altronde, non nasce dal nulla, né sul terreno della riflessione giuridica (basti pensare a Léon Duguit, ben conosciuto dai nostri giuristi), né su quello delle origini politiche e culturali del fascismo.

È del resto attraverso Duguit da un lato, e movimenti come il sindacalismo panunziano dall’altro, che formule come ad esempio la ‘funzione sociale’ della proprietà privata sono al tempo stesso assunte come programma politico del fascismo e come tema di discussione tecnica dei giuristi²⁹.

La questione posta da Panunzio³⁰ non è di poco conto: come conciliare l’ipotesi corporativa di riorganizzazione dei rapporti economici e sociali, che ha i suoi principi ispiratori nella Carta del lavoro, con la persistente centralità del codice civile, cioè di un modello organizzativo di quei rapporti che nella sua stessa ‘forma’ è radicato nei principi dell’individualismo liberale?

Un altro, più modesto, teorico del corporativismo, Carlo Costamagna, osservava, e non a torto, nel 1937 che la conservazione stessa della Carta del lavoro sarebbe stata «pregiudicata senza rimedio» dall’approvazione dello «schema di codice civile che è stato elaborato in via preparatoria». Uno schema che «confermava *per litteras* il sistema, i concetti e le formule» del vecchio codice, «condotto sulla falsa riga del famoso Codice Napoleone, monumento e documento della civiltà liberale»³¹.

Ma cosa sostituire al codice? La definizione di una linea istituzionale alternativa è lenta e difficile, ma non rimarrà priva di risultati. La codificazione – annota alla fine Panunzio – è indispensabile, ma «ha i suoi limiti».

²⁸ Cfr. S. CASSESE, *Socialismo giuridico e «diritto operaio»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, pp. 495 ss.

²⁹ Cfr. C. SALVI, *Le immissioni industriali*, Milano, 1979, pp. 159 ss.

³⁰ V. gli scritti raccolti in S. PANUNZIO, *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, 1943.

³¹ C. COSTAMAGNA, *Linee del diritto privato del fascismo*, in *Lo Stato*, 1937, pp. 1 ss. V. anche ID., *Fascismo e Codici*, ivi, 1939, pp. 49 ss.

Occorre distinguere tra la «parte generale e formale del diritto ancora detto privato» – sulla quale la scienza giuridica, del resto, non ha «detto parole nuove dal diritto romano ad oggi» – per la quale può ben continuare a valere la «forma logica del codice»; e la concreta «disciplina del contenuto dei singoli svariati rapporti giuridici», che va collocata fuori dal codice, e affidata alle nuove fonti di produzione del diritto: norme corporative, contratti collettivi, ecc. Tanto i codici, così intesi, quanto la nuova normativa vanno poi subordinati ai principi generali del diritto, da intendersi non – secondo la tradizione – come frutto di una deduzione logica dall'ordinamento positivo dato, ma come obiettivazione nel diritto positivo dei principi «filosofici, sociali e politici» contenuti nella Carta del lavoro³².

Si viene così delineando un programma istituzionale complesso, caratterizzato dalla perdita di centralità del codice, a vantaggio, da un lato, dell'enunciazione di principi generali costituita in «tavola della legge», preordinata al codice nella gerarchia delle fonti; dall'altro, della disciplina dettata dalle nuove fonti dell'ordinamento corporativo.

A questo punto, osserva Panunzio, «il problema vero [...] non è di spingere la produzione dei codici di diritto così detto ancora privato, ma piuttosto di arrestarla», in attesa del pieno dispiegamento della riforma costituzionale e dell'attuazione dell'ordinamento corporativo, giacché la stessa «parte generale» del codice non può esser «formulata in anticipazione», né utilizzando «la vecchia dommatica»³³.

L'impostazione di Panunzio, del resto non isolata, è doppiamente insidiosa. Da un lato, negando che il metodo della codificazione sia proprio dell'ideologia fascista, delegittima l'intera opera di riforma; dall'altro, enuncia un programma alternativo, basato sostanzialmente sul nesso tra principi generali, intesi come *summa* ideologica ma anche come direttiva politica del fascismo, e norme corporative.

Di fronte a questa insidia, scende in campo Mariano D'Amelio, continuatore di Scialoja come «pontefice massimo» della concezione tradizionale del diritto privato e della sua riforma. La sua risposta³⁴ alla «tendenza contraria alla codificazione» è abile e complessa. Sui tempi della riforma, egli scrive, dovranno decidere i politici, ma certo non può parlarsi di tempi non ancora maturi. Non però – e qui il primo presidente della Cassazione

³² S. PANUNZIO, *Il problema dei codici e i limiti della codificazione* (1936), in ID., *Motivi e metodo della codificazione fascista*, cit., pp. 30 ss.

³³ PANUNZIO, *Il problema dei codici e i limiti della codificazione*, cit., pp. 27 ss.

³⁴ M. D'AMELIO, *La vocazione del ventesimo secolo alla codificazione*, in *Nuova antologia*, 16 marzo 1937, pp. 163 ss.

capovolge gli argomenti dei critici – perché siano già definiti i postulati della dottrina fascista del diritto; ma perché quella dottrina ben poco può dire sul nocciolo duro del diritto privato.

«La dottrina fascista, di largo respiro sociale e politico, può agire su alcune parti del codice civile, come sui rapporti di lavoro, intesi in largo senso [...] e questi sono fuori dei progetti di codici; in parte sul diritto di famiglia, pel quale già i principi sono noti; ma non è da ritenere che possa molto influire *con idee finora non manifestate* sul regolamento di altri istituti, quali i diritti reali, i principi delle obbligazioni, la grande maggioranza dei contratti, i diritti di garanzia, il diritto di successione, ecc.»³⁵.

D'Amelio, in sostanza, rivendica l'autonomia tecnica, la apoliticità del corpo centrale del diritto privato, delle grandi categorie (dal diritto soggettivo al contratto) intorno alle quali la teoria del diritto civile ha organizzato la rete dei rapporti economici e sociali.

La salvaguardia dei tratti originari di questo corpo è affidata al ceto dei giuristi, alla loro capacità di riprodurlo come nucleo forte del diritto privato, intorno al quale costruire il nuovo codice (che si conferma così, in questa visione, una riscrittura tecnica del vecchio). Il prezzo di questa svolta è nella rinuncia a codificare l'intero campo dei rapporti di lavoro e della stessa impresa (che rimane affidato alla normativa politica). Ed è proprio questo il limite della linea seguita prima da Scialoja e poi da D'Amelio: il limite di chi riteneva che avesse un senso amputare dalla riorganizzazione del diritto privato, in pieno Novecento, l'intera disciplina della produzione. Sarà da qui che i più giovani civilisti, raccolti intorno a Filippo Vassalli, ripartiranno presto per un progetto radicalmente diverso, nel quale tra il 'vecchio' diritto privato della tradizione e la 'nuova' disciplina dell'impresa e del lavoro si tenterà non la scissione, ma la saldatura su basi nuove e più avanzate.

L'altra grande questione che i critici della codificazione avevano posto era poi – come si è accennato – quella dell'attualità della forma stessa del codice, come modello inadeguato a trasmettere gli impulsi di rinnovamento del sistema provenienti dal regime fascista. Panunzio, e con lui gli altri, aveva indicato la via della codificazione dei principi generali: una via tutt'altro che infeconda, se si pensa a vicende come quella (molto dibattuta a Weimar) delle clausole generali, o, a partire dal decennio successivo, della funzione normativa dei principi della Costituzione repubblicana. Anche

³⁵ D'AMELIO, *La vocazione del ventesimo secolo alla codificazione*, cit., pp. 164 ss. Il corsivo è dell'autore.

qui la risposta di D'Amelio³⁶ è difensiva, anche se tutt'altro che sprovveduta. Egli imposta subito un tema che, come vedremo, sarà ripreso più avanti: la difesa del principio di legalità contro la concezione del Führerstaat che si veniva teorizzando e definendo nella Germania nazista.

In esplicita polemica con Carl Schmitt, D'Amelio sottolinea la «differenza di idee e di sistemi» che «separa il diritto pubblico nazionale-socialista dal diritto pubblico fascista in cui domina, onnipotente e sovrana, l'idea dello Stato», e non «il principio del Führer». Se, nella concezione fascista, «tutto il diritto emana dallo Stato», cade quella «allucinante» concezione per la quale il diritto deve essere «espressione non dello Stato ma della Comunità, che ama manifestare la sua volontà legislativa, in forma più sobria e meno precisa, salvo al giudice, membro della stessa Comunità, di compiere l'opera del legislatore, concretandola nel momento stesso che l'applica alla fattispecie». Al Führerrecht – basato sul nesso tra direttive del capo e opera del giudice – si contrappone il diritto fascista, costruito intorno al primato dello Stato e alla certezza della legge; di tale diritto la forma-codice è l'espressione più adeguata. La pretesa di sostituirvi «documenti come la Carta del lavoro è frutto di candida ingenuità ed inesperienza».

Anche il rigido ostracismo che D'Amelio pone all'idea della codificazione dei principi generali del diritto fascista sarà però ben presto superato, ma – anche in questo caso – non perché sia seguita in pieno la via indicata da Panunzio, bensì attraverso una soluzione di compromesso (ma non solo di facciata, come vedremo), consistente nel riconoscere valore giuridico alla Carta del lavoro e nel premetterla al nuovo codice.

A codificazione ormai quasi compiuta, e quando le grandi scelte sono fatte, il bilancio che ne trarrà Sergio Panunzio³⁷ sarà quindi di luci e ombre. Da un lato la sua riaffermazione che «per il Fascismo l'idea e l'epoca dei codici, come esclusiva espressione e formulazione del diritto, sono superate», contrasta non poco con l'enfasi che contemporaneamente il regime pone sul varo dei «codici mussoliniani».

Dall'altro lato, tuttavia, egli può a ragione sottolineare come il nuovo codice civile accolga, in tema di principi generali, di raccordo con le leggi speciali, di ruolo delle fonti corporative del diritto, forti elementi innovativi rispetto alla tradizione liberali e ai progetti di riforma precedenti la svolta del 1939. Radicata è in Panunzio la convinzione che il senso vero della nuova normativa sia strettamente legato agli sviluppi dell'ipotesi corpora-

³⁶ D'AMELIO, *La vocazione del ventesimo secolo alla codificazione*, cit., pp. 165 ss.

³⁷ S. PANUNZIO, *Metodo e limiti della codificazione* (1941), in ID., *Motivi e metodo della codificazione fascista*, cit., pp. 121 ss.

tiva: «l'avvenire del nostro mondo giuridico sta tutto nel pieno esercizio dell'attività normativa dei sindacato e delle corporazioni»³⁸. Una prospettiva che in un paio d'anni la caduta del regime avrebbe cancellato.

7. F. Vassalli e la crisi del diritto privato liberale

La critica all'impostazione liberale della riforma del codice non viene però solo dall'esterno, per così dire, della tradizione giusprivatistica. Quando il nuovo guardasigilli Grandi, nel 1939, imprime alla codificazione quella che è insieme un'accelerazione e un'esplicita svolta, si muove su un terreno che era stato arato, e non certo solo dai teorici del corporativismo.

L'anticipazione maggiore di questo lavoro, e la più stretta connessione tra ipotesi politica e sistemazione scientifica, sono rinvenibili nell'opera di Alfredo Rocco, che per primo vede l'esigenza di una risistemazione del diritto privato che non solo lo adatti alle mutate condizioni dei rapporti economici e sociali, ma soprattutto lo renda compatibile con la riorganizzazione su basi professionali, produttive e gerarchiche di quei rapporti, auspicata da Rocco prima della guerra e poi da lui perseguita con lucidità e decisione come dirigente politico del regime³⁹.

La traduzione di questa prospettiva in chiave di corretta ridefinizione degli istituti privatistici nel nuovo codice non è però direttamente riconducibile a Rocco, e non solo per motivi biografici. Sul terreno della revisione delle categorie è piuttosto a Emilio Betti che occorre pensare⁴⁰; e su quello della riprogettazione dell'impianto complessivo del diritto privato a Filippo Vassalli, che – a tacer d'altro – pensò e contribuì a dare un senso in larga misura innovativo alla unificazione del diritto privato, che Rocco invece avversava per ragioni probabilmente legate a una polemica (quella con il democratismo di stampo vivantino) che negli anni Trenta non aveva più ragion d'essere.

Il momento di svolta, anche culturale, e di divaricazione tra gli itinerari dei civilisti è segnato dalla grande guerra. Rocco lo coglie subito: parlando al congresso nazionalista di Roma del 1919, sottolinea come si sia «percorso nel campo dell'organizzazione della produzione negli anni di guerra

³⁸ PANUNZIO, *Metodo e limiti della codificazione*, cit., p. 132.

³⁹ Cfr. P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, pp. 78 ss.

⁴⁰ Cfr. gli studi raccolti in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978.

il cammino per cui avevamo impiegato trenta anni di pace». In effetti è il modo di guardare alla legislazione di guerra che segna il discrimine tra chi propone di cogliere in essa «germi di diritto nuovo», e chi la vede solo come una parentesi, da chiudere al più presto⁴¹.

Tra i primi è certamente Vassalli, che proprio allora avvia una riflessione centrata sull'esigenza di una riorganizzazione complessiva, e non di una mera restaurazione, del diritto privato prebellico⁴². La legislazione di guerra, se «bene indagata», rifugge alla prima impressione di una normativa «caotica». Essa «ha uno spirito suo, ha un suo sistema», che sostituisce «per gran parte l'ordinamento giuridico preesistente, determinando un assetto nuovo, soprattutto dell'economia pubblica e privata». E sbaglierebbe chi ne sottolineasse la provvisorietà, se non altro perché «lo stato di guerra ha portato in essere, o talora solo a maturazione, tutto un sistema di politica economica» – del quale a Vassalli sono ben chiari «i nessi col diritto privato» – che «e studiosi e politici avevano disegnato e propugnato indipendentemente da ogni stato di guerra».

I caratteri nuovi dell'intervento dello Stato nell'economia determinano una vera e propria «crisi del diritto privato», «battono in breccia quell'ordinamento economico giuridico che per gran parte immutato durava dai codici di Giustiniano nei nostri». Con grande lucidità vengono colte le linee di fondo, non deperibili, della legislazione di guerra: le nuove forme di «protezione» di soggetti che oggi definiremmo «deboli»; la «trasformazione di dati interessi privati in interessi pubblici» (che pone in crisi la tradizionale centralità di un diritto privato basato sull'idea che «l'interesse privato è lasciato nella sua concreta realizzazione alla cura degli stessi privati»); l'interesse alla produzione nazionale come fondamento di una rete di limiti e obblighi che circondano la proprietà fondiaria; la «partecipazione dello Stato ad imprese industriali nella forma di partecipazione azionaria» (e la critica all'illusione di chi riteneva che la forma privatistica di questa partecipazione potesse salvaguardare la natura privatistica dei rapporti coinvolti).

Ma non è solo l'intervento pubblico a porre l'esigenza di una riorganizzazione concettuale e normativa del diritto privato. Dal seno stesso dello sviluppo capitalistico, emergono fenomeni nuovi di organizzazione dell'economia, caratterizzati dalla concentrazione produttiva: monopoli, trust, cartelli, ai quali corrispondono fenomeni analoghi nel versante del lavoro, dai sindacati alle cooperative. «Ai rapporti individualistici e atomistici

⁴¹ V. infatti A Rocco, *Replica agli oratori* (Congresso nazionalista di Roma, 1919), in Id., *Scritti e discorsi politici*, II, Milano, 1938, p. 482.

⁴² F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), in Id., *Studi giuridici*, cit., II, pp. 337 ss.

dell'inizio del regime storico di libera concorrenza si sostituiscono rapporti fra associazioni, fra grandi organismi del lavoro e del capitale». Ed è chiaro che «un tale processo di concentrazione» non può non determinare «nuovi atteggiamenti» del diritto privato, e anzitutto un intreccio nuovo tra regole dell'economia e ruolo dello Stato.

Il giudizio negativo sul codice del 1865 non è quindi più legato all'arretratezza rispetto alla sistemazione scientifica dei decenni precedenti (come in Scialoja), o all'insufficiente attenzione per il momento sociale (come negli autori del 'socialismo giuridico'). Esso discende dal fatto che «i nostri codici di diritto privato ignorano questi aspetti più recenti dell'economia capitalistica». La stessa disciplina delle società di commercio è dettata solo «dal punto di vista della tutela di coloro che partecipano a codesta organizzazione e di coloro che entrano in rapporto con l'attività dispiegata dalla società», trascurando l'attuazione dei fini collettivo dello Stato, per i quali «non basta più – come basterebbe in un'economia individualistica – l'ordinamento del diritto privato»⁴³.

L'atteggiamento del giovane Vassalli rispetto ai fenomeni nuovi che egli medesimo coglie e riorganizza concettualmente è in realtà ambivalente. Da un lato, non può non vedere che l'intervento dello Stato nell'economia e la riorganizzazione monopolistica del capitalismo determinano la «più grande crisi del diritto privato». Dall'altro, è forte la preoccupazione per la tendenza «verso un collettivismo statale», che rischia di erodere, «con la confisca d'ogni libertà individuale [...] la base di quel nostro costume politico e giuridico che ormai quasi pareva identificarsi con la natura dell'uomo»; la nostalgia per il «diritto privato, quale ereditammo dai romani, [che] è indipendente dall'organizzazione statale»: quella extrastatalità del diritto civile che tornerà al centro della sua riflessione più tarda⁴⁴. A ben vedere, è proprio nella conciliazione tra due esigenze che ai tempi della grande guerra sembrano ancora inconciliabili (centralità del diritto privato, e tuttavia suo rinnovamento per ricomprendervi dirigismo pubblico ed economia postconcorrenziale) che è il senso del lavoro che, vent'anni dopo, Vassalli realizzerà come protagonista della nuova codificazione.

A lui fu comunque subito chiara la debolezza di un'ipotesi di riforma del codice incentrata su esigenze meramente tecniche, come quella avviata nel 1923. La polemica con la linea di Scialoja e D'Amelio si farà esplicita solo in seguito, ma fin dall'entrata in vigore della legge Oviglio è evidente il suo tentativo di darne una lettura estensiva, allargando l'oggetto della

⁴³ VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., pp. 358 ss.

⁴⁴ F. VASSALLI., *Extrastatalità del diritto civile* (1951), in ID., *Studi giuridici*, cit., III, 2, pp. 753 ss.

delega (che la legge limitava a poche materie determinate, nonché a emendamenti degli «articoli del codice che tuttora danno luogo a questioni tradizionali o che comunque sono riconosciuti tecnicamente imperfetti»), fino al punto da affermare che queste parole consentono «qualunque profondo rinnovamento del codice»⁴⁵.

8. *La «necessità del governo di grandi masse», il problema dello Stato e la riforma del diritto privato*

A tale rinnovamento Vassalli metterà mano, d'intesa con il guardasigilli Grandi, nel biennio 1939-1941. È difficile dubitare che a lui siano dovute le grandi scelte della codificazione, che segnano una netta cesura con il passato⁴⁶: l'unificazione del diritto privato; l'inserzione delle leggi 'speciali' nel *corpus* del codice; l'introduzione di criteri di valutazione 'sociale' dell'esercizio del diritto soggettivo⁴⁷.

Scelte, queste, che saranno discusse e spiegate dallo stesso Vassalli, in uno scritto del 1942, ripubblicato, con poche modifiche e l'aggiunta di note, dopo la fine della guerra⁴⁸. La prospettiva che già Vassalli aveva assunto con riferimento alla legislazione di guerra si è intanto confermata e arricchita; dopo una prima fase liberista, il regime fascista avvia una politica di intervento pubblico nell'economia e di riorganizzazione corporativa della società che ha i suoi capisaldi di principio nella Carta del lavoro, redatta da Alfredo Rocco⁴⁹.

È proprio alla Carta del lavoro che Vassalli si richiama per sottolineare gli elementi di novità del codice. Non tanto sul piano del valore immediatamente precettivo della Carta (determinato con apposita legge nel gennaio 1941), quanto su quello dell'influenza della dichiarazione della Carta in tema di impresa, lavoro e ordinamento corporativo su «ambito, contenuto, sistema del codice». Da questi principi discendono gli elementi di innovazione introdotti dal nuovo codice, dei quali, come si vedrà, Vassalli

⁴⁵ F. VASSALLI, *Problemi della unificazione legislativa* (1923), in Id., *Studi giuridici*, cit., II, p. 317.

⁴⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 26 ss.

⁴⁷ In proposito, v. oltre, § 11.

⁴⁸ V. sopra, nota 16.

⁴⁹ Cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, II, *L'organizzazione dello Stato fascista*, Torino, 1968, pp. 128 ss.

rivendica la portata sistematica e 'politica'.

Il primo elemento di innovazione nel codice è «una concezione del diritto soggettivo che si distacca nettamente da quella che caratterizza i codici dell'Ottocento». La costruzione del sistema giuridico intorno a una categoria di diritto soggettivo basata sulla volontà individuale, se «rispecchiava appieno lo stato liberale [...] non è compatibile [nel 1947 correggerà: «è meno compatibile»] con la maggior parte degli ordinamenti politici più recenti». La concezione dei rapporti giuridici come «rapporti atomistici, tra individui in regime di libera concorrenza, conforme al concetto che l'interesse generale coincida col libero esercizio dei diritti individuali e che il compito della legge sia quello di garantirne l'esercizio concorrente», si rivela inadeguata «alla necessità del governo di grandi masse». Se «il diritto soggettivo figura ancora nel codice», tuttavia «lo spirito della legge è mutato». I fini delle attività umane «sono tutti minutamente valutati dal legislatore, e quando la sua previsione non basti, affidati al controllo di autorità politiche o giudiziarie; la gerarchia dei fini è fissata dalla legge o è da dedursi dai principi fondamentali della Carta del lavoro»⁵⁰.

La riorganizzazione del diritto privato intorno a una gerarchia di fini preordinata *ab externo* penetra la struttura delle categorie civilistiche fondamentali: la proprietà dei beni che interessano la produzione nazionale o presentino un prevalente interesse pubblico «non è più abbandonata al governo delle libere determinazioni del titolare e, pur nei limiti in cui resta la possibilità di siffatte determinazioni, induce una responsabilità del titolare verso lo Stato»; parallelamente, «nel regime dei rapporti obbligatori, i diritti individuali sono costantemente adeguati alle esigenze della economia nazionale, sia attraverso l'azione normativa e quella concreta dell'ordinamento corporativo, espressamente richiamato dal codice, sia mediante una serie di criteri, quali la tutela della produzione, la tutela del credito, il dovere di correttezza e di buona fede, il dovere di solidarietà corporativa, i quali [...] tendono a porre i diritti dei singoli in un nesso organico con la vita economica ed etica della nazione».

Accanto alla revisione delle categorie tradizionali, Vassalli rivendica a merito della nuova codificazione l'ingresso del «concetto di impresa» e la disciplina del lavoro, consentendo così una «sintesi organica nuova» del regolamento dei vari aspetti dell'attività economica come «diritto dell'economia organizzata»: impostazione nuova che impone l'eliminazione di un separato codice di commercio⁵¹.

⁵⁰ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 165 (ed. 1942), pp. 621 ss. (ed. 1947).

⁵¹ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 615 ss. (ed. 1947).

Un terzo elemento di profonda innovazione del nuovo codice è visto infine da Vassalli nel raccordo instaurato con le leggi speciali: una tecnica legislativa che viene tenuta ferma nonostante le critiche, al fine di conservare al codice il ruolo di luogo di raccordo tra pubblico e privato, di sede del «coordinamento delle attività private, nella residua sfera ad esse eventualmente consentita, con le attività dei complessi politici o con le finalità dei medesimi»⁵².

Qui siamo, probabilmente, al cuore del progetto di Vassalli. L'antinomia che il giovane studioso della legislazione di guerra aveva colto tra i principi nuovi di quella legislazione (che rischiavano di condurre al paventato «collettivismo statale») e i tradizionali principi liberali del diritto privato classico, può essere risolta facendo del codice «un ripensamento e un programma» rispetto alle «leggi di emergenza». L'«economia regolata» è ormai un dato che appare a Vassalli stabilmente acquisito; un dato che «lascia margini assai limitati all'autonomia privata e di conseguenza conchiude in limiti assai modesti il diritto patrimoniale dei privati», che «assume una funzione del tutto complementare rispetto al regolamento amministrativo o corporativo dell'economia»⁵³.

Si tratta allora di addivenire a una codificazione del diritto civile che comporti un salto anche culturale nel modo stesso con il quale la giusprivatistica guarda al proprio ruolo. Le regole e i concetti tradizionali non hanno più la funzione di guida della vita economica e sociale; la riaffermazione di un ruolo ordinante è affidata a un «intimo collegamento del diritto civile con la costituzione dello Stato e con la politica del medesimo». Per questa via si «pone allo sfondo dei problemi propri del diritto civile il problema stesso dello Stato»⁵⁴.

L'intimo collegamento tra diritto privato e questione «politica» dello Stato ha evidentemente un doppio volto. Da un lato, si tratta di ristrutturare l'intero quadro categoriale e normativo del diritto privato per renderlo congruo al nuovo modo di essere del rapporto tra pubblico e privato e ai nuovi caratteri dell'economia, a seguito della trasformazione del capitalismo da sistema tendenzialmente autoregolantesi attraverso il mercato concorrenziale, a sistema organizzato dalla ristrutturazione monopolistica e dal penetrante intervento dei pubblici poteri. Questa esigenza è chiara a Vassalli, come si è visto, fin dagli anni della grande guerra, così come gli è chiaro che essa impone non una semplice ripulitura del codice del 1865,

⁵² VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 621.

⁵³ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 622.

⁵⁴ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 633.

che ne elimini gli elementi di arretratezza salvandone però le idee ispiratrici di fondo, ma una vera e propria ristrutturazione del rapporto tra poteri privati e ordinamento generale.

Dall'altro lato, però, la riconduzione della disciplina della produzione alla forma-codice e alla revisione delle categorie civilistiche ha la funzione di mantenere quella disciplina nel quadro del diritto privato, ancorandola quindi a un solido impianto privatistico. L'unificazione del diritto privato consente di superare l'ipotesi di una codificazione separata delle attività produttive; l'inclusione nel codice di criteri e regole dell'ordinamento corporativo consente di aggirare almeno in parte la questione – posta in particolare, come si è visto, da Panunzio e da altri teorici del corporativismo – del rapporto tra principi del codice e principi giuridici del fascismo in termini di subordinazione dei primi ai secondi⁵⁵. A Vassalli non sfugge la dimensione politica del suo progetto. Fu solo con «l'affermazione di certe direttive generali d'ordine politico» che si poté affermare il nuovo «piano organico dell'opera». Né vi è alcuna intenzione di ridurre il ruolo della cultura giuridica a sede di elaborazione tecnica di scelte prese altrove. È vero che «i politici danno la materia, quando il codice nuovo deve anche innovare nelle fondamentali strutture; i giureconsulti danno la forma». Ma Vassalli aggiunge subito che «è distinzione puramente astratta. Essa non ha riscontro nella realtà». Solo la padronanza della tecnica consente al «comando nuovo» di «raggiungere il suo effetto», quando si tratti di riordinare l'intero quadro delle leggi civili. La riorganizzazione del diritto privato è rivendicata alla capacità del «giureconsulto», che solo è in grado di «ricondurre i precetti ai principi», che ha accumulato «tutto un lavoro di meditazione, di discernimento, di costruzione». È l'affermazione del primato del 'ragionamento' del giurista sul 'comando' del politico⁵⁶.

Una politicità intessuta di tecnica, dunque, o, se vogliamo, l'arsenale della grande tradizione giusprivatistica impegnato in prima persona in un progetto politico. Se dunque la versione del rapporto tra giusprivatistica e fascismo, che emerge dalle pagine di Vassalli, è ben diversa da quella che ne darà qualche anno dopo Salvatore Pugliatti (sul punto si tornerà più avanti)⁵⁷, è anche vero che in Vassalli è chiara la rivendicazione del primato della scienza giuridica sulla politica, della funzione egemone che i giuristi riescono a svolgere cogliendo, al di là della contingente ideologia politica del momento, i tratti di fondo dei processi sociali di cambiamento.

⁵⁵ V. oltre, § 11.

⁵⁶ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608.

⁵⁷ V. oltre, § 11.

Nella versione del 1947, Vassalli è esplicito, quando nega che dall'indubbia influenza della Carta del lavoro sul codice debba trarsi la conseguenza che questo «si ricollegli necessariamente a un indirizzo politico tramontato e invisibile». I principi della Carta «non sono che il riflesso di un orientamento generale operante, pur sotto atteggiamenti diversi, in tutti i paesi»⁵⁸. Né queste sono giustificazioni *ex post*. A differenza di Alfredo Rocco, Vassalli non affermò mai l'originalità del fascismo sul terreno della teoria giuridica e della stessa politica legislativa; e segnalò anzi, e più volte, la sostanziale conformità della riformulazione delle categorie civilistiche ai lineamenti «che una diuturna evoluzione del pensiero e della pratica ha ormai fissato nella maggior parte dei paesi civili», dal momento che «almeno entro certi limiti, i procedimenti della politica economica d'ogni paese civile, in un dato ciclo storico, non divergono essenzialmente»⁵⁹.

In questo intreccio tra conservazione e modernità, tra consapevolezza politica e riaffermazione del primato della scienza anche sul terreno di una progettazione avanzata, è certo l'originalità di Vassalli, che gli consente, alla caduta del regime, di riproporre sostanzialmente immutata la sua impostazione. Se è vero che «la gerarchia dei fini» nella nuova organizzazione del diritto civile è da trarsi dai principi fondamentali della Carta del lavoro, è anche vero, per lui, che tali principi non sono «per questa parte dissimili dalle ideologie oggi [1947] imperanti e in via di consacrazione nel nuovo Statuto». E il problema del collegamento, ormai necessario, del diritto civile con la costituzione e la politica dello Stato «perdura immutato nel regime sostituitosi a quello, vigente il quale il codice fu pubblicato»⁶⁰.

9. *Il destino del codice 'fascista' e la rivincita della tradizione*

Il nesso di continuità che Vassalli proponeva tra fascismo e postfascismo era anche un'indicazione di lavoro per la giusprivatistica. Se quella continuità era all'insegna del «collegamento tra diritto civile e problema dello Stato» (un collegamento che si fonda sui caratteri nuovi, comuni a «tutti i paesi civili»), e quindi non peculiari al fascismo, dello sviluppo capitalistico e del ruolo dello Stato), il compito della cultura giuridica era quello di ricostruire in termini aggiornata le categorie civilistiche, sulla base delle nuove

⁵⁸ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 162.

⁵⁹ F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà* (1933), in Id., *Studi giuridici*, cit., II, pp. 417, 445.

⁶⁰ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 633 ss. (ed. 1947).

linee di fondo offerte dal codice del 1942.

Per Vassalli, come si è accennato, vi è una sostanziale fungibilità tra i principi della Carta del lavoro e quelli della Costituzione in tema di rapporti economici. Ma in tal modo non si esprime una visione conservatrice del diritto privato, né si rivendica la neutra tecnicità del lavoro del giurista. Al contrario, in quanto sappia sceverare le tendenze di fondo del mutamento delle transeunti ideologie dominanti, la scienza giuridica è in grado di darsi, e di gestire, un lungimirante progetto 'politico'.

Non mancarono certo, negli anni Quaranta e Cinquanta, studiosi che si muovessero sostanzialmente lungo la linea dell'ipotesi di Vassalli: basti pensare a opere (pur certo per molti aspetti diversamente orientate) rimaste di capitale importanza nei decenni successivi, come quelle di Emilio Betti sul negozio giuridico o di Salvatore Pugliatti sulla proprietà⁶¹.

Ma l'orientamento complessivo della giusprivatistica prese una strada differente, e vi si soffermò a lungo: una strada nella quale la rivendicazione del formalismo e della tecnicità del lavoro del giurista legava insieme un giudizio riduttivo della codificazione del 1942, e una sostanziale disattenzione per gli elementi innovativi, sul piano concettuale come su quello normativo, della Costituzione repubblicana.

La scelta di campo avvenne, per così dire, quasi subito: quando cioè si pose, al tempo della Liberazione, il problema del destino dei codici 'musso-liniani'. Non mancarono voci che ne chiedevano l'abrogazione *tout court*: e non voci di sprovveduti, se si pensa alla posizione assunta da Enrico Finzi, uno studioso che pure aveva dato contributi importanti al rinnovamento culturale, in termini ispirati al produttivismo corporativo, del diritto privato e di quello commerciale⁶².

Per Finzi, non vi sono dubbi sul carattere fascista del nuovo codice⁶³.

Sebbene curati tecnicamente anche da alcuni giuristi che non erano certo seguaci delle idee dominanti; sebbene, sotto certi aspetti, segnino il punto di arrivo di una evoluzione già iniziata in regime liberale e rappresentino per ciò un indubbio progresso, essi [i 'codici fascisti'] sono pur sempre volutamente, consapevolmente, espressamente contrari al principio liberale; [...] essi segnano e vogliono segnare la supremazia di quel soffocante principio di autorità per cui l'individuo doveva annullarsi nello Stato, così come questo, a sua volta, si annullava nel dittatore.

⁶¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* (1953), in ID., *La proprietà del nuovo diritto*, Milano, 1954.

⁶² Cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, pp. 168 ss.

⁶³ R. FINZI, *Il problema dei codici fascisti*, in *La Nazione del popolo*, 25 gennaio 1945.

In particolare il codice civile «è tutto fondato sopra un duplice presupposto ideologico ed organico: l'autoritarismo asfissiante dello Stato e la struttura corporativa della economia, e si appoggia espressamente, come a premessa logica costante, su quella Carta del lavoro, che è già stata cancellata dalla nostra Costituzione: possibile che si abbia ad insegnare come vero e giusto il corollario di un teorema che sappiamo e proclamiamo errato e ingiusto?».

Sulla base di queste premesse, «la abrogazione pura e semplice dei codici fascisti e la restaurazione temporanea dei cessati codici liberali [...] pare ancora il minore dei mali», in attesa che maturino i tempi di un «rifacimento» dei codici.

È chiaro che questa impostazione non poteva essere condivisa anzitutto da chi, come Emilio Betti, ribadiva l'apprezzamento positivo proprio per «il crescente affermarsi [nel codice] della solidarietà sociale attraverso una serie di vincoli»; e riteneva pertanto che si trattasse se mai di andare oltre i risultati raggiunti, di «ponderare una serie di innovazioni sostanziali e sistematiche e di portare, mediante adeguata elaborazione, ad un più maturo sviluppo quelle innovazioni che meglio rispondono alle esigenze moderne di *socialità* nella funzione normativa del diritto»⁶⁴.

Un orientamento analogo (ma con un giudizio ben diverso sulla idoneità del regime fascista a farsi effettivo portatore dell'istanza sociale) è in Lorenzo Mossa (anch'egli, come Finzi, autorevole teorico dell'«impresa nell'ordine corporativo»)⁶⁵. Se per Finzi il vizio d'origine, il carattere fascista del codice, è nel superamento dei principi liberali, per Mossa⁶⁶, al contrario, è nel non aver realizzato davvero e fino in fondo quel superamento, con un'operazione trasformista imputata alla «maldestra, affannosa, curiale opera» dei «giuristi ufficiali», che avevano operato con «tecnica di servi, non tecnica di scienziati». Ai giuristi 'ufficiali' è imputato insomma non di aver innovato, ma di aver fatto finta di farlo: «al servizio del capitalismo, oltre che del fascismo, salvarono il salvabile», rispetto alle istanze di cambiamento della sinistra sindacalista e corporativa.

L'analisi di Mossa è più sottile di quanto potrebbero far pensare i toni enfatici usati. Egli non abiura affatto la sua opera di «giurista libero» che aveva, nel periodo fascista, «ricercato l'essenza del diritto sociale» nel «codi-

⁶⁴ E. BETTI, *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1945, I, pp. 20 ss. Questa impostazione era già stata da Betti analiticamente argomentata in ID., *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale*, in *Rendiconti*, Regio Istituto Lombardo Scienze e Lettere, LXXIV, 1940-41, pp. 301 ss.

⁶⁵ Cfr. L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935.

⁶⁶ L. MOSSA, *Per il diritto d'Italia*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1945, I, pp. 1 ss.

ce civile del fascismo». Ma ritiene che l'ipotesi di una socializzazione del diritto privato, alla quale pure «l'avvento del fascismo, con le esperienze sindacalistiche e corporative» aveva aperto una possibilità di affermazione, sia venuto meno, anche per la subalternità della cultura giuridica al «rigore giuridico del capitalismo».

Il giudizio negativo concerne entrambi i momenti nei quali pure più forte era stato l'innesto delle istanze produttivistiche e corporative: la nuova redazione del libro della proprietà e l'unificazione del diritto privato. Quanto alla prima, per Mossa «il libro della proprietà finiva col ripetere, dopo discussioni se non memorabili, certo abbondanti e rumorose, la leggenda sorpassata di una proprietà esclusiva, assoluta [...] In questo libro culminava la tradizione romanistica, feudale e capitalistica, e, forte di esso, ormai la classe signorile italiana poteva concedersi il lusso di esperimenti legislativi di puro tipo verbale»⁶⁷.

Anche l'unificazione del diritto privato, che era stata proposta per combattere «la consacrazione del privilegio capitalista», che appariva insita nel dualismo dei codici, fu «un altro colossale falso del fascismo», perché «alla disciplina corporativa dell'impresa non rispondeva, neppure come eco sonora, la disciplina rigorosamente capitalistica della società per azioni e a responsabilità limitata».

E qui la valutazione delle origini del codice si lega alla critica rispetto alle nuove posizioni che, secondo Mossa, assumeva ora la prevalente cultura giuridica, col chiedere (come vedremo tra breve) una sommaria ripulitura del codice da quelle che venivano considerate incrostazioni superficiali e meramente verbali di stampo corporativo e produttivistico, rispetto alla sostanza 'sana' del testo legislativo. I giuristi, che pure avevano «salvato il salvabile» del capitalismo, avevano tuttavia dovuto accettare nel nuovo codice «l'impresa, la responsabilità corporativa, il diritto del lavoro». Pertanto «non salvarono tutto il loro mondo»; e adesso «sono gli stesso giuristi che sperano di salvarlo in questa ora, conservando nel codice, sotto la maschera dell'unità del diritto privato, i privilegi della società capitalistica, e rialzando la loro tracotanza sino a chiedere che venga estirpato tutto quanto è corporativo perché fascista, mentre sostanzialmente quello che era corporativo nel codice può essere sociale contro il regime e l'aggettivo fascista, e sotto un regime libero e nuovo»⁶⁸.

La posizione di Mossa, in definitiva, è speculare a quella di Finzi. La giusprivatistica dominante negli anni Trenta non ebbe la responsabilità

⁶⁷ MOSSA, *Per il diritto d'Italia*, cit., p. 5.

⁶⁸ MOSSA, *Per il diritto d'Italia*, cit., pp. 6 ss.

dell'abbandono dei principi liberali, ma, al contrario, quella di avere svuotato dall'interno le istanze corporative e sociali della riforma. L'abrogazione del codice è prospettata quindi non per tornare al passato («non c'è posto per un codice di commercio dello stampo francese o tedesco dell'Ottocento»), ma per una nuova sistemazione, che eviti che «l'estirpazione del nominalismo corporativo o fascista del codice» equivalga «all'evirazione, agognata dai portatori di calcoli individualistici e borghesi». Si tratta, al contrario, di addivenire a una «costruzione tutta nuova», che riprenda l'impostazione democratica e socialista di Sraffa e Vivante: «il tempo è maturo per un codice e un diritto dell'economia organizzata sul fulcro dell'impresa», come «fenomeno sociale e di socializzazione», che accompagni il «declino del capitalismo»⁶⁹.

L'orientamento prevalente, tra i giusprivatisti, è però ben diverso sia da quello di Finzi che da quello di Mossa, l'asse centrale è nella rivendicazione della continuità rispetto alla tradizione. Il codice civile del 1942 si caratterizza – scrive Giuseppe Ferri (un giovane commercialista che lascerà poi con il suo *Manuale* la più accreditata risistemazione del diritto commerciale dopo l'unificazione del diritto privato), replicando a Mossa – proprio per essersi organizzato «nell'orbita del codice precedente», conservando alla base del diritto privato (ma con «maggiore modernità e completezza» e «accentuato spirito di socialità») le classiche categorie della persona, della proprietà, dell'autonomia privata. «La novità del codice civile del 1942 [...] avrebbe dovuto essere nell'idea corporativa. Ma questa idea non si è trasfusa nel codice: non però, come dice il Mossa, per disonestà dei suoi compilatori, ma piuttosto perché non si conosceva in che cosa essa consisteva»⁷⁰.

La «inserzione» nel codice di «iniezioni corporative» non «ebbe l'effetto di modificarne la sostanza». Un «codice di ordinaria amministrazione», dunque, che, appunto per questo, «può onestamente conservare la sua funzione fin quando almeno non sia fissata la nuova costituzione dello Stato».

La rottura di ogni collegamento tra le 'tecnicità' dell'opera riformatrice e la dimensione politica del regime è dunque affermata non già (come in Vassalli) escludendo che l'essenziale novità della riorganizzazione del diritto privato potesse ricondursi a caratteri specifici del regime; bensì svalutando e ridimensionando gli elementi stessi di novità di quella riorganizzazione.

Depurato – e facilmente depurabile – dalle incrostazioni ideologiche del regime, quello del 1942 appare un codice «onesto», frutto di «una

⁶⁹ MOSSA, *Per il diritto d'Italia*, cit., p. 8.

⁷⁰ G. FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro italiano*, 1944-46, IV, cc. 34 ss.

riforma prevalentemente tecnica», nella quale «si sono fatte sentire altresì esigenze sociali ed economiche che, nella massima parte, erano avvertite dal sentimento comune molto prima del fascismo». Così Francesco Santoro Passarelli (che in quegli stessi anni aveva proposto, con le sue *Dottrine generali*, un'insuperata sintesi delle categorie civilistiche secondo un metodo rigorosamente concettuale) difende, con il nuovo codice, la «fondamentale indipendenza politica del testo legislativo», e, con esso, della giusprivatistica che ne aveva posto le basi, «la verità è questa e soltanto questa, che qui non v'è stata una trahison des clerics [...]. I giuristi, in questo caso, hanno fatto tenacemente il loro dovere fino in fondo. Non hanno fatto passare la riforma sognata dal potere politico: hanno fatto passare la loro riforma, quella maturata in settanta anni di onesto e assiduo lavoro, della dottrina e della giurisprudenza italiane»⁷¹.

Un giudizio non molto dissimile, a ben vedere, da quello di Mossa. Ma se per il secondo la «riforma dei giuristi» fu il segno di un conservatorismo politico e sociale, nel quale il ceto giuridico si collegò all'ala dominante del regime, contro l'ipotesi sociale e anticapitalistica della sinistra corporativa, per Santoro Passarelli la chiave di lettura è ben diversa; è nella contrapposizione tra tecnica e politica, nella prevalenza della «ferma opposizione dei giuristi» sui tentativi ideologici del «ceto politico del precedente regime»⁷².

Attraverso il giudizio sul codice passa insomma una interpretazione *in bonam partem* del rapporto tra giuristi e fascismo. Interpretazione esposta con la massima consapevolezza politica da Franco Calamandrei, che del codice di procedura civile del 1942 era stato uno dei massimi artefici⁷³: la rivendicazione del carattere fascista dei codici è da lui considerata⁷⁴ una delle tante «truffe» del regime; giacché nei codici è possibile vedere la «rielaborazione, o soltanto la riverniciatura, di concezioni politiche e di sistemazioni scientifiche anteriori al fascismo». «Limitatissimi» gli sembrano «i campi in cui nella codificazione il fascismo è riuscito ad avere una sua politica e quindi a dire una parola nuova»; anche se poi gli esempi che porta («l'autoritarismo poliziesco nella legislazione penale e lo statalismo corporativo in certe zone del codice civile, specialmente nel libro del lavoro») non sono davvero poca cosa.

⁷¹ F. SANTORO PASSARELLI, *La riforma dei codici*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 34 ss.

⁷² SANTORO PASSARELLI, *La riforma dei codici*, cit., p. 35.

⁷³ Cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 253 ss.

⁷⁴ P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici* (1945), in ID., *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, pp. 87 ss.

10. *Dal capitalismo organizzato al riassetto liberista*

In breve tempo, la lettura che Ferri, Santoro Passarelli, Calamandrei e altri danno della codificazione del 1942 diviene, negli studi giuridici, più che la prevalente, l'unica accreditata. In definitiva, si riconobbe al ceto dei giuristi un ruolo decisivo nel salvaguardare il carattere tecnico, e non politico della riforma. Portatrice dell'istanza della tecnicità della riforma, la cultura giuridica «riuscì, con poche concessioni, spesso semplicemente verbali, alle ideologie del momento, a mantenere il codice sul filo della tradizione»⁷⁵.

È un giudizio, questo, del quale vanno segnalate le differenze rispetto alla posizione di Vassalli, che si è prima esaminata. Questi, invero, è ben lungi dal sottovalutare gli elementi di novità del nuovo codice, e tende a segnalare piuttosto le soluzioni di continuità rispetto alla tradizione. L'autonomia rispetto al fascismo sta, per Vassalli, nel fatto che la nuova sistemazione del diritto privato provvedeva a dare risposta a problemi non peculiari del fascismo, ma posti da trasformazioni economico-sociali comuni a tutte le società contemporanee. Non è l'innovazione, dunque, a essere negata.

La centralità del ruolo dei giuristi si colora dunque in modo ben diverso: per Vassalli è una centralità politica, di guida e indirizzo del cambiamento, da parte di un ceto («i periti del diritto») che solo dispone degli strumenti che consentano di impostare e concretare davvero il cambiamento, lasciando ai politici il compito di fissare le direttive di fondo, e di argomentare ideologicamente un progetto di riforme congruo a processi di socializzazione, che in parte precedono il fascismo, e si svolgono comunque in altri paesi secondo forme almeno parzialmente analoghe, pur con differenti regimi politici⁷⁶. Per l'interpretazione che poi si è consolidata, invece, la centralità del ruolo dei giuristi risiedette nella difesa della «pura tecnica» da «ogni influsso politico», nel solco della continuità con la tradizione⁷⁷.

È difficile dubitare del fatto che la prevalenza di questa seconda interpretazione ha le sue radici nei modi con i quali nell'Italia dell'immediato postfascismo si venivano assestando le strutture giuridiche e i rapporti sociali. Significativo è intanto un dato: rispetto alle alternative che si ponevano circa il destino del codice del 1942, la scelta adottata fu quella di

⁷⁵ R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 246. V. anche P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giurisprudenza italiana*, 1968, IV, cc. 29 ss.

⁷⁶ V. sopra, testo e nota 59.

⁷⁷ V. oltre, § 11.

conservarlo nella sua interezza, eliminando solo, con appositi atti legislativi, agli espliciti riferimenti al corporativismo e al fascismo (oltre che i residui della legislazione razziale). La scelta del legislatore repubblicano, in altri termini, corrispose a quella che abbiamo visto essere stata l'interpretazione che prevalse tra i giuristi circa la portata della nuova codificazione.

Per la verità, ben più ampie erano state le proposte di modifica e soppressione presentate dalla commissione per la defascistizzazione del codice, appositamente istuita⁷⁸. Pur premettendo che le proposte di soppressione e modifica sarebbero state limitate alle «disposizioni di contenuto essenzialmente fascista, agevolmente isolabili dalle altre», e non anche alle «innovazioni la cui aspirazione politica è mediata e indiretta», per le quali «la defascistizzazione [...] è incomparabilmente meno agevole, perché l'eliminazione dell'aspetto fascista richiede modifiche di più ampia portata», la commissione (composta da giovani giuristi destinati a occupare in seguito autorevoli posizioni nell'università o nella magistratura) proponeva la soppressione o la riforma di alcuni delle più significative innovazioni del codice: ad esempio, in materia di proprietà, la responsabilità del proprietario di beni che interessano la produzione nazionale o di prevalente interesse pubblico, nonché il regolamento delle immissioni, ispirato alla concezione produttivistica della funzione sociale della proprietà; nel libro delle obbligazioni, la norma che stabilisce nei contratti la sostituzione automatica delle clausole imposte dalla legge o da norme corporative a quelle volute dalle parti; nella disciplina dell'impresa, «le sovrastrutture pubblicistiche, riferentesi al principio della funzione pubblicistica dell'impresa e del correlativo controllo e intervento dello Stato»⁷⁹. Si proponeva, in altri termini, lo smantellamento di tutto l'impianto interventistico e produttivistico, che costituiva uno degli elementi principali di novità del nuovo codice.

Non fu tuttavia necessario tradurre in legge questa impostazione. Tramontato in gran parte, con la caduta del fascismo, il modello di capitalismo organizzato che il regime tendeva a perseguire dalla metà degli anni Trenta (e dal quale traeva senso e sostanza la codificazione del 1942); e affermata invece a partire dal 1947 la restaurazione liberista, l'originale saldatura tra assetto privatistico e intervento pubblico, che il codice aveva delineato, rimase lettera morta per difetto del secondo, e la lettura che i giuristi proposero del nuovo codice poté agevolmente sottolinearne soltanto gli elementi di conservazione.

⁷⁸ V. la relazione della commissione sulla *Defascistizzazione dei codici*, in *Annuario diritto comparato studi legislativi*, XIX, 1946, pp. 185 ss., XXIV, 1950, pp. 109 ss.

⁷⁹ Ivi, XIX, p. 217.

Del resto, l'idea crociana del fascismo come parentesi offriva una cornice forte a quella lettura, che segnalava la continuità con la tradizione prefascista (vendetta postuma, si potrebbe dire, di Vittorio Scialoja). Se il fascismo era stato, secondo quell'idea, solo dittatura, sovrastruttura politica, non anche modernizzazione e ristrutturazione, il diritto privato (che per eccellenza inerisce alle strutture dei rapporti sociali, e non al sovrastante impianto politico-statuale), e con esso i giusprivatisti, non poteva che risultare, secondo questa tesi, estraneo al regime.

11. *I giuristi e il fascismo: l'ideologia della neutralità*

In pagine molto note, Salvatore Pugliatti⁸⁰ delineò, pochi anni dopo la caduta del regime, un'immagine della cultura giuridica durante il fascismo costruita intorno alla contrapposizione tra due punti di vista: «quello di una irrazionale e incontrollata apologetica, vana e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici; e quello di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza, di accogliere qualsiasi contenuto». La seconda tendenza («la sola che meriti di essere presa in considerazione») svolse un duplice compito: «opporre una barriera formale ai [...] tentativi di sopraffazione da parte di neofiti entusiasti dell'altra maniera»; e porre «un freno in ordine all'applicazione dei nuovi principi e delle nuove norme». E il primo compito «fu più importante del secondo, poiché con quello si realizzava l'autodifesa della scienza giuridica, con questo si reagiva solo ad una legislazione contingente».

Quanto si è fin qui visto sulla codificazione del 1942, e sul ruolo consapevolmente innovatore svolto da una parte consistente della giusprivatistica, in armonia con gli orientamenti riformatori del regime, sembra confermare il giudizio per il quale l'immagine di una cultura giuridica divisa secondo le linee contrapposte delle geometrie concettuali e dell'irrazionale apologetica non regge alla verifica dei fatti⁸¹.

Altra, e più complessa, fu l'articolazione interna alla giusprivatistica. L'orientamento che prevalse nell'opera di codificazione e che abbiamo ricondotto alla figura di Filippo Vassalli, rifuggiva tanto dal formalismo

⁸⁰ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, IV, pp., 50 ss.

⁸¹ BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, cit., pp. 410 ss.

quanto dall'apologetica, e perseguiva invece un consapevole progetto politico di ammodernamento del diritto privato, capace di mediare i processi di riorganizzazione autoritaria dell'economia e della società avviati dal fascismo. Il raccordo tra giuristi e regime⁸² avvenne proprio attraverso la capacità che i primi mostrarono, per quanto attiene alla riorganizzazione del diritto privato nel nuovo codice, di separare in quella miscela le tecniche dalle ideologie. E fu proprio l'ancoraggio al metodo formalistico a consentire di condurre la revisione delle categorie e delle regole secondo moduli non ideologicamente enfatici, ma congrui ai processi realmente in atto.

La nuova disciplina, e, parallelamente, le nuove teorie della proprietà e dell'impresa⁸³, ad esempio, consentono di sistemare in una prospettiva generale sia i limiti e le tecniche di responsabilizzazione dell'esercizio dei poteri, connesse all'interventismo e all'ordinamento corporativo, sia la conservazione dell'assetto privatistico del potere economico.

L'unificazione del diritto privato, e la centralità assegnata all'impresa nel libro quinto del codice, che pure si intitola al lavoro, è lo sbocco di una significativa inversione delle parti, rispetto al dibattito dei primi anni del secolo⁸⁴. Per Vivante il fine della soppressione del codice di commercio risiedeva nella democratizzazione del diritto dell'economia, contrastando i processi di riorganizzazione monopolistica. Per Vassalli, al contrario, si tratta di assecondarli, anche attraverso il penetrante intervento dei pubblici poteri, ma respingendo, al tempo stesso (e qui si inserisce il giudizio di Mossa, che si è in precedenza ricordato), il tentativo di tenere in vita un autonomo codice di commercio, giacché la codificazione separata delle attività produttive avrebbe condotto alla sottrazione dell'impresa alla sfera del diritto privato. L'unificazione ha quindi lo scopo di «significare che il regime della produzione anche nelle sue forme più complesse e moderne [...] non è estraneo alla legge civile», cioè a un sistema che «poggia tutto, immediatamente o mediatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale»⁸⁵.

D'altra parte, la mancata codificazione dei principi generali del diritto fascista, o l'eliminazione di norme che avrebbero consentito un penetrante controllo giudiziario sull'esercizio dei diritti (come quelle sull'abuso del diritto o sulla funzione sociale della proprietà), solo in parte vanno viste,

⁸² Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 147 ss., dove riferimenti.

⁸³ Cfr. per una sintesi GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, cit., pp. 267 ss., dove riferimenti.

⁸⁴ Cfr. A. ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1882 al libro del lavoro del 1942*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1968, I, pp. 1 ss.

⁸⁵ VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 620, nota 1.

secondo il giudizio consueto⁸⁶, come prova della prevalenza delle ragioni della tecnica, su quelle della politica. Anzitutto, infatti, è sul primato della legge che il fascismo – a differenza, come giustamente D'Amelio notava⁸⁷, del nazismo – costruisce il modulo organizzatorio del rapporto tra società civile e Stato⁸⁸. La vera portata innovativa del codice, sotto questo profilo, è nel costante richiamo all'ordinamento giuridico e alla legge come criteri di verifica del potere dei privati, che si esprime poi, in modo quasi emblematico, nell'inserimento della legislazione speciale nel corpo medesimo del codice, oltre che nel richiamo all'ordinamento giuridico come canone di valutazione dei poteri del proprietario, dell'idoneità del fatto a produrre l'obbligazione, dell'ambito riservato all'autonomia contrattuale⁸⁹.

L'indirizzo formalistico della scuola giuridica italiana porta così nel nuovo codice alle estreme conseguenze il positivismo pandettistico, con il passaggio dalla centralità del soggetto alla centralità della norma, dall'egemonia della volontà dei privati, a quella dell'ordinamento giuridico statale. Il riferimento costante alla legislazione speciale dà, in questo contesto, una risposta all'antica questione della salvaguardia del codice dalla sovrabbondante normativa di settore, contingente, eccezionale⁹⁰. E la risposta non è nella restaurazione del tradizionale primato dell'individualismo volontaristico, ma nella contrapposta idea che le leggi speciali valgono «a fissare le linee caratteristiche» dei singoli istituti, e per questo vanno inserite o comunque raccordate al codice⁹¹. Anche qui, la funzione della riforma è duplice: perché il raccordo con il codice, se consente ed esprime una revisione della tradizionale idea del diritto soggettivo, vale tuttavia a imporre le ragioni di compatibilità dell'intervento statale con la struttura privatistica del sistema.

La codificazione dei principi generali del diritto, come «superlegge» da anteporre al codice, non fu approvata nei termini in cui era stata originariamente proposta da Panunzio e dai teorici del corporativismo⁹², per le resi-

⁸⁶ V. per tutti BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, cit., pp. 128 ss.

⁸⁷ V. sopra, testo e note 34-36.

⁸⁸ Cfr. L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, pp. 887 ss.

⁸⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, pp. 164 ss.

⁹⁰ Si veda ad es. come la questione del rapporto codice-leggi speciali è affrontata e risolta nella riforma del libro della proprietà (SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 175 ss.).

⁹¹ *Relazione al Re sul libro della proprietà*, 30 gennaio 1941, n. 7.

⁹² V. sopra, testo e note 30-33.

stenze e le perplessità manifestate dalla maggioranza dei giuristi⁹³. Fu però assegnato valore normativo alle dichiarazioni della Carta del lavoro, che «costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e l'applicazione della legge» (legge 30 gennaio 1941, n. 14).

Una soluzione certamente ambigua, perché, con l'argomento di dare alla Carta del lavoro autorità «più alta» della legge ordinaria, si ebbe cura di chiarire che la legge n. 14 «non stabilisce che la Carta del lavoro diventi oggi legge dello Stato, col pieno vigore delle singole sue disposizioni»; ma attribuisce ad esse il valore di «espressione dei principi generali dell'ordinamento e [...] criterio di interpretazione delle leggi vigenti»⁹⁴. Ma una soluzione che apriva anche (come accadrà, qualche anno dopo, con la Carta costituzionale) prospettive nuove per giuristi che non intendessero restare chiusi nel quadro del tradizionale concettualismo formalistico.

Era stato proprio Salvatore Pugliatti, in uno studio sull'ordinamento corporativo e il codice civile⁹⁵, nel quale dispiega un metodo del tutto estraneo all'alternativa tra irrazionale apologetica e geometria concettuale, a sottolineare gli spazi che venivano aperti, per una ricostruzione del sistema innovativo rispetto ai canoni tradizionali, dall'intreccio tra il valore normativo riconosciuto alla Carta del lavoro, e le disposizioni del codice che richiamano le norme dell'ordinamento corporativo in tema di proprietà, di obbligazione, di contratto. Sarebbe facile – egli osserva – dare un'interpretazione riduttiva di tali richiami. «Ma viene il sospetto che altra debba essere la loro portata teorica, e che esse siano state inserite nel Codice e congegnate in quel modo, non tanto per ragioni pratiche (sono norme di semplice rinvio), quanto, appunto, per ragioni in senso lato teoriche; per accentuare, cioè, certi profili programmatici del sistema positivo».

Quando l'opera del giurista supera la fase esegetica della singola disposizione, per «pervenire alla scoperta dei nessi tra norme e gruppi di norme, tra istituto e istituto, alla identificazione, insomma, del sistema normativo e delle sue articolazioni organiche», non è più possibile trascurare «quegli indici che svelano le tendenze programmatiche alle quali si è ispirata la

⁹³ Cfr. *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943 (il volume raccoglie la rielaborazione dei materiali del Convegno nazionale universitario di Pisa del maggio 1940), e in particolare gli scritti di S. Pugliatti (pp. 359 sgg.), F. Santoro Passarelli (pp. 333 sgg.), G. Grosso (pp. 343 sgg.).

⁹⁴ *Relazione del Ministro Guardasigilli al disegno di legge sul «valore giuridico della Carta del Lavoro»*, 1941, n. 6.

⁹⁵ S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, pp. 358 ss.

legislazione». Il sistema, insomma, non può più essere ricostruito prescindendo dalla centralità dell'ordinamento corporativo, dato che «la riformata legislazione generale ha condotto, dopo la corporativizzazione dello Stato, anche alla corporativizzazione dell'ordinamento giuridico»⁹⁶.

12. *Il disgelo costituzionale e la rilettura del codice*

Nelle pagine ora ricordate di Pugliatti è dunque accennato un programma scientifico, indirizzato al coordinamento tra le regole e gli istituti tradizionali del diritto privato, e le tendenze programmatiche del sistema positivo.

Questo programma fu sostanzialmente abbandonato dalla giusprivatistica del decennio che seguì la caduta del fascismo e l'avvento della Costituzione repubblicana. Alle ragioni di questo fenomeno (che fu insieme di rimozione e di restaurazione) si è già accennato. Le conseguenze pesarono sulla disciplina: la sottovalutazione degli elementi di novità contenuti nel codice si legò con la disattenzione e il distacco nei confronti della portata innovativa, per il diritto privato, dei principi costituzionali⁹⁷.

La conclusione del dibattito sulla 'defascistizzazione' del codice (l'idea cioè che non vi fosse nulla di rilevante da defascistizzare, perché ben poco di realmente nuovo era in quel testo) sta insieme con l'idea che la Costituzione abbia poco o nulla da dire per il privatista: nell'un caso e nell'altro ritorna la concezione del diritto privato come insieme di tecniche legate in sistema da un nesso razionale e in larga misura storico, sul quale i principi e gli orientamenti politico-statali ben poco possono incidere. In questo modo, però, il formalismo sopravviveva a se stesso, una volta venuta meno la funzione storica che pure aveva svolta due volte, alla fine del secolo scorso e poi ancora negli anni della nuova codificazione.

È il 'disgelo' costituzionale della fine degli anni Cinquanta che rimette in movimento la situazione, che assicura spazi e prospettive, e soprattutto un quadro unitario di riferimento, agli studiosi che alla tentazione del formalismo erano rimasti immuni, e alle nuove generazioni di ricercatori che scendono in campo. Con la sua prima sentenza, la Corte costituzionale sgombra il campo dalla teoria che negava valore normativo alle

⁹⁶ PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., p. 375.

⁹⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I, pp. 83 ss.

norme programmatiche della Costituzione. Si apre così il terreno per una ristrutturazione del diritto privato alla luce della Costituzione, dei nuovi sviluppi civili e sociali, della ripresa di un ruolo interventista dello Stato nell'economia. Non è questa la sede per un bilancio di quella fase, e tanto meno dei successivi sviluppi. Interessa qui notare – per restare nel filone di riflessione che si è prescelto – che il rapporto dei rinnovati studi privatistici con la cultura giuridica degli anni Trenta e con il codice si colloca lungo una duplice prospettiva.

Da un lato, vi sono temi totalmente estranei a quella tradizione, o comunque assunti secondo una direttrice che non poteva non essere radicalmente diversa: e sono i temi che riguardano la dimensione personalistica e pluralistica del diritto degli individui e delle formazioni sociali (la tutela della persona umana, la famiglia, il diritto del lavoro). Diversamente deve dirsi per la dimensione economica del *corpus* classico del diritto privato (la proprietà, le obbligazioni, i contratti). Con la fine degli anni Cinquanta, esauritasi la spinta liberista, si prospetta una nuova dislocazione del rapporto tra società civile e Stato, e si propone la tematica dell'incidenza, sulle categorie del diritto privato, del ruolo di direzione e di programmazione affidato ai poteri pubblici.

La rimozione dei caratteri innovativi dell'opera scientifica e normativa degli anni Trenta e dei primi anni Quaranta rende difficile cogliere i nessi teorici e operativi tra le due fasi: eppure quei nessi sono evidenti.

Il dibattito su funzione ed efficacia dei principi costituzionali nel diritto privato⁹⁸ richiama quello sulla codificazione dei principi generali del diritto e sul valore giuridico della Carta del lavoro, perché analogo è il tema affrontato: la qualità diversa, e in una certa misura eversiva di assetti consolidati, di 'principi generali' che non siano desunti, per successive astrazioni, da norme già date, come nel sistema tradizionale, ma siano posti come espressione di un programma ancora da realizzare⁹⁹.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare (dal rapporto tra struttura individualistica e funzione sociale del diritto di proprietà, a quello tra norma e volontà individuale nella determinazione del regolamento negoziale). Può essere utile soffermarsi brevemente su un caso emblematico: il destino della norma che, innovando la vecchia disciplina, prevedeva il dovere, per il creditore e il debitore, di «comportarsi secondo le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa».

⁹⁸ Cfr. U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 687 ss.

⁹⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

Nel saggio del 1942 sull'ordinamento corporativo e il codice civile, Pugliatti proprio da questa norma (introdotta con l'art. 1175 del nuovo codice) traeva spunto per quel ragionamento sul nesso tra la disciplina del codice e i «profili programmatici del sistema positivo», che si è in precedenza ricordato¹⁰⁰. Per tale via, la dimensione esclusivamente individuale che la concezione tradizionale assegna al rapporto obbligatorio è incrinata dallo spazio che si apre per criteri di valutazione del comportamento dei privati attenti al rilievo dell'interesse generale, quale definito dall'ordinamento corporativo.

Abrogato espressamente nel 1944 (nell'ambito di quella ripulitura del testo del codice dai richiami espressi al corporativismo e al fascismo, di cui si è detto) il riferimento ai «principi della solidarietà corporativa», prevalse a lungo l'opinione che la norma, pur nella parte rimasta in vigore, fosse da considerare priva di significato. Concorrevano, nel determinare questo orientamento, i due punti di vista che abbiamo visto prevalere nel dibattito sulla defascistizzazione del codice: da un lato, l'art. 1175 appare una mera ridondanza ideologica rispetto a una disciplina delle obbligazioni «ancorata saldamente, nelle sue linee essenziali, al sistema tradizionale del codice del 1865»¹⁰¹; dall'altro, si osserva che il dovere di correttezza aveva una ragione d'essere e un significato soltanto in quanto mirava ad inserire nei rapporti obbligatori il principio della solidarietà corporativa, sì che sembra destinato a rimanere privo di significato dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo¹⁰².

L'innovazione, introdotta dal codice, appare insomma o esclusivamente ideologica (una concessione verbale alle esigenze politiche del fascismo) o strettamente legata alle caratteristiche strutture del regime, e destinata a cadere con esse. In tal modo, il rapporto obbligatorio veniva ricondotto alla dimensione esclusivamente individualistica della tradizione.

Riletta, invece, alla luce sia dei principi costituzionale sia della ripresa della revisione delle categorie giuridiche tradizionale (a partire dal diritto soggettivo e dall'autonomia privata) avviata negli anni Trenta, la norma sul dovere di correttezza riacquista un significato concreto. È proprio l'indicazione del primo Pugliatti ad essere ripresa. Norme come quella dell'art. 1175 si qualificano, al di là del richiamo all'ordinamento corporativo, per la funzione di collegare i criteri di valutazione del comportamento dei privati alle «tendenze programmatiche alle quali è ispirata la legislazione».

¹⁰⁰ PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., pp. 372 ss.

¹⁰¹ G. PUGLIESE, in *Defascistizzazione dei codici*, cit., XXIV, p. 175.

¹⁰² Cfr. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., pp. 271 ss., per il dibattito.

Si tratta di assicurare «l'adeguamento continuo delle norme ai principi», collegando la nozione di correttezza ai nuovi «profili programmatici» che emergono dalla Costituzione e dalla legislazione del dopoguerra¹⁰³. Non è più alla solidarietà corporativa che va collegato il dovere di correttezza, ma alla «garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, che rappresenta la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell'intero sistema»¹⁰⁴. Ma è pur sempre la tecnica del codificatore del 1942 a riacquistare senso e funzione¹⁰⁵.

Sullo scorcio degli anni Sessanta, la giusprivatistica sembra ritrovare, per la seconda volta nel secolo, una sintonia di fondo tra il rinnovamento dei propri strumenti concettuali e i processi in atto nella società italiana. Non è più la riforma del codice, ma la ricollocazione intorno alla Carta costituzionale dell'intera trama del diritto privato, il punto di riferimento di questa impresa culturale.

Sarà il blocco dei processi di cambiamento alla fine degli anni Settanta, a rimettere in discussione il ruolo innovatore che per tale via veniva svolgendo la cultura del diritto privato, e a ridimensionare l'ambizione e la capacità di concorrere, mediante un progetto complessivo, a un nuovo disegno del rapporto tra società e Stato. Ma questa è una vicenda ancora quasi interamente da studiare, anche perché tuttora non conclusa.

¹⁰³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967, pp. 124 ss.

¹⁰⁴ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 36.

¹⁰⁵ Cfr. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, cit., pp. 275 ss.

*Argomento storico e analisi giuridica
della proprietà privata
A proposito delle ricerche di Stefano Rodotà**

1. La tradizionale incomunicabilità tra analisi del diritto positivo e ricerca storica si spiega con la concezione formale e astratta del diritto, che emerge dai processi di codificazione e sistemazione culturale del secolo scorso. Tale concezione – per dirla in modo molto schematico – identifica l’oggetto della scienza giuridica con l’insieme delle norme, poste dal legislatore in un ordinamento dato, ricostruibili scientificamente intorno a categorie formali e astratte, formulate con un procedimento di generalizzazione dei dati testuali, o di deduzione logica dai canoni sistematici fondamentali.

In tale quadro, il ricorso alla storia assume un ruolo eventuale e comunque del tutto sussidiario. Al più, è usato dal giurista per ricostruire una più o meno mitica «volontà del legislatore», che si assume pietrificata in una formulazione testuale, soprattutto quando questa è l’archetipo della norma considerata¹.

La consapevolezza della intrinseca storicità delle norme e delle categorie giuridiche è venuta tuttavia emergendo e consolidandosi nella civilistica italiana dell’ultimo ventennio. La convinzione che l’assenza di una dimensione diacronica tolga spessore e capacità cognitiva all’analisi del diritto positivo si è diffusa, e si è tradotta in una larga attenzione al dato storico nei più recenti studi di diritto civile².

Sulle cause di questo ritorno alla storia del giurista positivo sarebbe fuor di luogo soffermarsi in queste note. Occorrerebbe una rilettura complessiva del dibattito giuridico, lungo il filo dei nessi con le trasformazioni della funzione dell’intellettuale-giurista, e con i mutamenti dell’oggetto stesso

* Pubblicato in *Analisi storica*, I, 1983, pp. 157-168.

¹ Cfr. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 367 ss.; v. anche LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, pp. 53 ss. Ciò è particolarmente vero nel diritto civile, in organizzazioni giuridiche a diritto codificato, tributarie di un «codice-archetipo», come nel diritto italiano post-unitario rispetto al *Code civil* (TARELLO, *L’interpretazione*, cit., p. 368).

² Particolarmente significativi, ad. es., da opposte direzioni, IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982; GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.

della sua ricerca³.

Interessa qui segnalare piuttosto come l'incontro tra diritto positivo e storia incontri subito due difficoltà di non poco conto, che rischiano di vanificare i tentativi di rinnovamento metodologico.

La prima difficoltà è costituita, com'è ovvio, dalla competenza specialistica, di cui il giurista non è, né potrebbe essere, dotato, sia per l'impostazione tradizionale della sua formazione scientifica, sia soprattutto per ragioni generali e meno riparabili, connesse alla sempre più accentuata e necessitata divisione specialistica del lavoro intellettuale, che rende già difficile padroneggiare l'oggetto specifico del proprio mestiere. Né in ciò il giurista positivo è agevolato dalla situazione della storiografia giuridica italiana, i cui limiti – non certo generalizzabili, tanto meno con riferimento al periodo più recente⁴ – sono segnalati dagli stessi studiosi più avvertiti della materia⁵.

La seconda difficoltà concerne l'ambito di un corretto ricorso all'argomento storico nell'indagine di diritto positivo. Il nuovo ricorso alla storia si presta infatti ad un uso non proficuo, quando non si abbia la necessaria cautela nell'organizzare i diversi livelli del ragionamento. La ricostruzione del significato originario di una norma o di una categoria, l'interpretazione storico-evolutiva, la lettura formale-sistematica sono tutte componenti ineliminabili di un moderno discorso scientifico sul diritto positivo. Il rigore dell'indagine, tuttavia, discende proprio dalla capacità di non trasporre le conclusioni dall'uno all'altro piano, travisandone così il significato o appiattendole in una artificiosa unità.

Per superare entrambe le difficoltà, il giurista deve farsi un po' storico egli stesso. Dovrà quindi utilizzare in pieno i contributi storiografici, evitando però un duplice e contrapposto rischio. Il primo è quello di sovrapporre al proprio lavoro «premesse» storiche desunte acriticamente dalle ricerche degli specialisti di altri campi del sapere, senza integrarle nella specificità del proprio oggetto di studio. Altrettanto rischioso, però, è il ricorso

³ Qualche considerazione si è svolta in SALVI, *Introduzione* al vol. coll. *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, pp. 9 ss.

⁴ Si pensi a iniziative collettive di grande impegno e di elevato livello scientifico come i *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, diretti da Grossi, pp. 1972 ss.; o i *Materiali per una storia della cultura giuridica*, diretti da Tarello, pp. 1971 ss.; o alle recenti tendenze della storiografia di orientamento marxista (cfr. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi storici*, 1976, pp. 16 ss.; BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini*, VIII, 1979, pp. 317 ss.; SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*, Bari, 1980).

⁵ V. la *Pagina introduttiva* di Grossi che apre i *Quaderni fiorentini*, I, 1972, pp. 1 ss.

al dato storiografico per avvalorare proposte interpretative o ricostruzioni sistematiche, operato senza la necessaria considerazione della complessità dei referenti economici e sociali delle formulazioni normative, e dunque della cautela con la quale il gioco delle analogie e delle contrapposizioni va modulato nella ricostruzione del nesso tra storia e forme giuridiche.

Un difficile equilibrio, dunque; che però, se adeguatamente perseguito, consentirà forse al giurista di fornire a sua volta elementi non inutili alla stessa storiografia, attraverso la chiave di lettura peculiare che sarà in grado di offrire.

Le ricerche di Rodotà sulla proprietà privata⁶ possono costituire una proficua esemplificazione di questa problematica metodologica. Costruite nell'arco di più di un ventennio, esse ricorrono agli strumenti della storia delle idee, delle istituzioni e dell'economia, non per *excursus* fini a sé stessi, o per accreditare tesi precostituite, ma come «argomenti» per una ricostruzione realistica e organica della struttura e della funzione dell'istituto proprietario nell'ordinamento italiano, e per una migliore interpretazione della sua disciplina normativa.

2. Il tema della proprietà è di quelli per i quali particolarmente essenziale appare la verifica storiografica dell'indagine di diritto positivo. La tradizione scientifica del secolo scorso ci consegna una nozione di proprietà intesa come categoria storica ed avalutativa, fondata sulla «assolutezza» (nel senso di tendenziale assenza di limiti) dei poteri del proprietario. La «signoria della volontà» che in essa si esprime costituisce anzi l'archetipo della figura del diritto soggettivo, e, per tale via, dell'intera trama del diritto privato. Tale modello – identificato con una pretesa concezione romanistica della proprietà⁷ – trova la sua formulazione testuale, storicamente originaria, nella definizione che l'art. 544 del Codice napoleonico dà della proprietà come diritto di godere e disporre delle cose nel modo più assolu-

⁶ Ora raccolte in RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, che comprende i seguenti saggi: *La rinascita della questione proprietaria* (nuovo), pp. 17 ss.; *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali* (1977), pp. 33 ss.; *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica* (1969), pp. 61 ss.; *Due specie di absolutezza* (nuovo), pp. 93 ss.; *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà* (1972), pp. 113 ss.; *Proprietà e industria: conflitti e tecniche di risoluzione* (1978), pp. 135 ss.; *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia* (1960), pp. 161 ss.; *Il sistema costituzionale della proprietà* (nuovo), pp. 259 ss.

⁷ L'accostamento tra definizioni del *Code* e fonti classiche è però molto discutibile: cfr. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, pp. 179 ss.

to, purché non se ne faccia un uso vietato da leggi o regolamenti. A questa definizione – tradizionalmente intesa come una delle massime espressioni dell'individualismo giuridico – si collegano idealmente le nozioni di proprietà elaborate dai commentatori francesi del *Code civil* e dai pandettisti tedeschi, cioè dalle due grandi scuole di pensiero che sono all'origine della moderna civilistica italiana⁸.

Il problema che la dottrina giuridica successiva ha dovuto affrontare è quello del rapporto tra il modello individualistico di proprietà, recepito scientificamente e sanzionato dai codici, e il diverso assetto istituzionale che veniva successivamente emergendo. Da una parte, si infittisce la legislazione interventistica, che in vario modo pone limiti, oneri, obblighi al proprietario, rendendo spesso evanescente la «assolutezza» dei suoi poteri. Dall'altra, le costituzioni «lunghe» di questo secolo contengono la statuizione della preminenza, o comunque dell'incidenza, dell'interesse «generale» su quello «privato» del proprietario, che nella nostra Costituzione – recependo l'esperienza weimariana – si esprime nella formula della «funzione sociale» della proprietà privata⁹.

Sono, questi, dati normativi – come tali non facilmente espungibili dal discorso giuridico – che sembrano incrinare alla radice la possibilità di predicare ancora quel modello come forma generale del diritto di proprietà.

Il tentativo di conciliare lo schema tradizionale e i nuovi dati ha seguito principalmente due strade. La prima è consistita nel respingere ai margini della legittimità scientifica nozioni come quella di funzione sociale, considerate incompatibili logicamente con la categoria formale del diritto soggettivo. Coerentemente, i vincoli introdotti dalla legislazione di intervento sono stati concepiti come «limiti eccezionali» rispetto alla «regola» della pienezza dei poteri proprietari¹⁰. Una conseguenza operativa di grande rilievo di tale ricostruzione è che quei limiti vengono considerati incostituzionali, quando incidano oltre una certa misura su quella pienezza, vanificando il «contenuto essenziale» del diritto soggettivo¹¹.

⁸ V. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, V/VI, 1976-77, pp. 201 ss.; sull'intera vicenda i saggi raccolti nel medesimo numero dei *Quaderni fiorentini*.

⁹ Sull'intera problematica v. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 4 ss.

¹⁰ Per l'esame critico di tali posizioni v. RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 209 ss.

¹¹ Posizione recepita in parte dalla Corte costituzionale italiana (vedine la critica di RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 321 ss.); e che ha precedenti di grande importanza storica nell'esperienza di Weimar (v. ad es. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano*, trad. ital., a cura di Bolaffi, Bari, 1982, pp. 84 ss., 100 ss.) e, con connotazione tecniche peculiari,

Ma, di recente, un ragionamento più sottile è stato svolto, facendo appunto ricorso all'argomento storico, per giungere a conclusioni sostanzialmente non dissimili¹². Si nega la contraddizione tra categoria tradizionale e interesse pubblico, affermando la coesistenzialità dell'intervento legislativo alla stessa disciplina ottocentesca della proprietà, a partire dalla ricordata definizione del *Code civil*; di conseguenza, si considera la «funzione sociale» un elemento non realmente innovativo, né sul piano dei concetti né su quello delle norme. La chiave di lettura storiografica che sorregge questa interpretazione è quella della continuità: tra *Ancien Régime* e codificazione rivoluzionaria, tra questa e ordinamenti borghesi del secolo scorso, e ancora fino alla Costituzione e ai sistemi legislativi contemporanei. Se la pretesa «illimitatezza» della proprietà è sempre stata un'affermazione ideologica, priva di riscontro nella realtà normativa, si sdrammatizza la portata innovativa dei principi costituzionali e delle legislazioni contemporanee, e si elide il problema di una integrale riscrittura della problematica giuridica della proprietà.

Diversa è la strada seguita da Rodotà. L'arco della sua analisi è tutto attraversato dall'esigenza di una verifica degli elementi di continuità e di rottura nei fondamentali nodi storici della proprietà: il significato del ricorso allo schema «romanistico» nella codificazione del 1804, rispetto alla precedente esperienza giuridica; il ruolo dell'intervento legislativo nel modello del *Code civil*, e in genere nei sistemi liberali; la dialettica tra proprietà ed impresa; l'origine politico-culturale della clausola della «funzione sociale», come chiave di lettura della disciplina costituzionale dei rapporti economici.

In questa nota non si può naturalmente seguire l'intera trama del ragionamento, e dare conto dei dati raccolti, delle tesi discusse, del complesso meccanismo argomentativo che conduce alle conclusioni. Si spera però che emerga l'utilità – sia per la conoscenza storica del diritto, sia per la ricostruzione e l'interpretazione del sistema positivo – di un corretto approccio metodologico al rapporto – non facile ma fertilissimo – tra argomento storico ed interpretazione giuridica.

in quella del *New Deal*.

¹² ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967; GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975.

3. Predominante, nell'affrontare la dialettica tra continuità e rottura nell'evoluzione dell'istituto proprietario, è l'esigenza di evitare un duplice ed opposto schematismo riduttivo. Sarebbe certo errata l'attribuzione di un rilievo esclusivo all'apparente omogeneità delle formule definitorie, nella vicenda plurisecolare dei codici civili. Altrettanto infecondo però sarebbe il rifiuto di cogliere le costanti di fondo, nel complesso e ricco tessuto, di non facile decrittazione, costituito dal variare delle ideologie, degli approcci culturali, dei rapporti economici e sociali, delle modalità di organizzazione dei pubblici poteri, degli orientamenti dei giudici.

Rodotà revoca in dubbio la tesi della continuità per due testi che segnano a suo avviso un'effettiva cesura con il quadro normativo preesistente: il *Code civil* e – naturalmente in un contesto e con una portata molto diversi – la nostra Carta costituzionale.

La tesi della continuità tra regolazioni della proprietà del *Code*, e dell'assolutismo monarchico, si fonda sia sul tenore letterale dell'art. 544, sia sull'analisi dei poteri attribuiti agli organi pubblici e delle tendenze giurisprudenziali, sia – più in generale – su una interpretazione del processo rivoluzionario che ne privilegia gli aspetti politici su quelli sociali ed economici. Rodotà argomenta la tesi opposta¹³ attraverso una lettura, attenta al rapporto tra dato formale e processi in atto, dei successivi testi costituzionali rivoluzionari, e dei progetti che preparano il Codice del 1804. La redazione definitiva *Code* avviene quando la riorganizzazione rivoluzionaria del sistema proprietario si è conclusa¹⁴, e si tratta ormai di difendere il nuovo assetto sia da ipotesi di restaurazione che dalle emergenti tendenze socialistiche. La tecnica legislativa adottata consente di tener ferma la discriminazione tra la proprietà «giusta» (quella borghese individuale, privata ed «assoluta») e le proprietà «ingiuste» (nobiliare, ecclesiastica, contadina collettiva); e, contestualmente, di sancire la fondamentale ripartizione di competenze tra cittadino e Stato, tra proprietà e sovranità, secondo la formula di Portalis¹⁵.

Siamo, come si vede, ben dentro la grande controversia sull'interpretazione della Rivoluzione francese¹⁶. L'analisi della problematica giuridica della proprietà avvalorata la linea interpretativa riconducibile ai nomi di

¹³ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 73 ss.

¹⁴ Cfr. SAGNAC, *La législation de la Révolution française*, Paris, 1899; SOLARI, *Individualismo e diritto privato* (1911), Torino, 1959; GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959; SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, London, 1951, pp. 205 ss.

¹⁵ Cfr. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981, pp. 11 ss.

¹⁶ Cfr. VIDOTTO, *Il recente dibattito storiografico sulla rivoluzione francese*, nel vol. coll. *La rivoluzione francese. Problemi storici e metodologici*, Milano, 1979, pp. 13 ss.; VOVELLE, *Breve storia della Rivoluzione francese*, trad. ital., Bari, 1979, pp. 57 ss.

Lefèbvre e Soboul, e consente di intendere come la successiva tradizione giuridica ben abbia potuto attribuire all'art. 544 il valore di statuto fondamentale del ceto proprietario.

Un'attenta verifica storica si rende però necessaria anche per la fase successiva. Si sono già ricordate le tesi che ritengono la concezione ottocentesca della proprietà espressione dell'ideologia liberale, in contrasto con i dati positivi, che anche nel periodo d'oro del liberalesimo economico e giuridico avrebbero smentito, ad un osservatore spregiudicato, il carattere illimitato dei poteri proprietari. È evidente il nesso tra tale tesi e la controversia sul *laissez faire*, viva soprattutto per l'Inghilterra del secolo passato, nella quale si è giunti fino a rinvenire nell'età vittoriana le origini del *Welfare State*¹⁷.

L'analisi delle diverse esperienze giuridiche europee, condotta con viva attenzione alla storia economica, consente a Rodotà¹⁸ di concludere che lo schema «assoluto» della proprietà fu non un mito posticcio, ma un principio positivo, operante nella regolazione dei rapporti giuridici. Emergono piuttosto, nelle diverse realtà nazionali considerate, le differenti dinamiche dell'istituto, legate, in primo luogo, alla differente sorte della terra, cioè del bene sulle cui caratteristiche ed esigenze si viene modellando la disciplina giuridica della proprietà. Si segnala così in particolare la diversità¹⁹ tra la vicenda inglese, caratterizzata dal singolare intreccio tra precoce processo di formazione dell'impresa agraria capitalistica, e sopravvivenza fino al nostro secolo di schemi giuridici feudali²⁰; e quella francese, dove la proprietà contadina emersa dalla Rivoluzione si irrigidisce negli schemi formali del *Code civil*, garanti di un programma politico di stabilità che va ben oltre un'élite.

In secondo luogo, complesse dinamiche si manifestano anche nel rapporto tra «vecchia» proprietà fondiaria e «nuova» proprietà industriale²¹. Diverse culture e diverse tecniche giuridiche accompagnano il processo di industrializzazione negli Stati Uniti, in Francia, in Germania, in Italia. Il rifiuto di fuorvianti generalizzazioni non impedisce però di segnalare anche

¹⁷ Cfr., anche per i termini del problema, TAYLOR, *Laissez-faire and State Intervention in Nineteenth-Century Britain*, London, 1974².

¹⁸ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 95 ss., 117 ss.

¹⁹ Cfr. O'BRIEN-KEYDER, *Economie Growth in Britain and France. Two Paths to the Twentieth Century*, London, 1978.

²⁰ Cfr. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, XV, London, 1965, pp. 168 ss.

²¹ A tale tema si connette quello della trasformazione della nozione di proprietà a seguito dell'avvento della grande impresa nelle forme della società per azioni. V., per differenti valutazioni, GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978; e GLIOZZI, *Dalla proprietà*, cit., pp. 101 ss.

qui alcune costanti²²: l'esistenza di una legislazione «di scelta», che favorisce alcune forme di proprietà a svantaggio di altre (paradigmatico è il caso dei danni alle colture agricole per gli incendi causati dal passaggio delle locomotive)²³; la ristrutturazione delle tecniche di difesa della proprietà, al fine di consentirne l'estensione alle nuove proprietà, non più legate alla terra. La disomogenea traduzione in concreto di queste costanti nelle diverse esperienze giuridiche è congrua appunto alle diverse «vie» alla industrializzazione, che la recente storiografia ha segnalato e ricostruito²⁴.

4. Un più stretto nesso tra verifica storica e risultati operativi si riscontra naturalmente nell'interpretazione della disciplina costituzionale della proprietà privata²⁵. È questo un tema fortemente controverso, a seconda che l'interprete privilegi uno dei due elementi indubbiamente compresenti nell'art. 42 della Costituzione: la «garanzia» della posizione e dei poteri del proprietario rispetto all'intervento legislativo, ed invece il principio, che già si è ricordato, della «funzione sociale».

Si conferma, su questo tema, l'infertilità di un ricorso all'argomento storico che si risolve nella ricerca, tra le carte dei lavori preparatori, della «volontà» del legislatore. Ben altra utilità assume la considerazione di quei lavori nel contesto del dibattito tra le forze costituenti sull'intero assetto da dare al paese, della realtà economica e sociale, e della evoluzione politica tra il '45 e il '47.

Un simile approccio richiede peraltro molta cautela nel definire il rapporto tra scelte della Costituente e vicende politiche²⁶. Lo storico dell'economia, ad es., sarà portato ad attribuire alle norme costituzionali il significato desumibile dall'insieme delle azioni legislative ed amministrative rilevanti per la politica economica, e quindi a parlare di «toni pressoché

²² RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 103 ss., 121 ss., 135 ss.

²³ *Ivi*, pp. 146 ss.

²⁴ Cfr. per tutti il vol. coll. *La formazione dell'Italia industriale*, Bari, 1969; GERSCHENKRON, *Il problema storico dell'arretratezza economica*, trad. ital., Torino, 1971²; KEMP, *L'industrializzazione in Europa nell'800*, trad. ital., Bologna, 1974.

²⁵ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 176 ss., 259 ss.

²⁶ Cfr. i recenti voll. coll. *Cultura e partiti nell'età della Costituente*, Bologna, 1978; *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Bologna, 1979; e *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, 1981; nonché CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, pp. 15 ss.; e la rassegna di MELIS, *Gli studi recenti sull'Assemblea costituente*, in *Quaderni fiorentini*, X, 1981, pp. 449 ss.

‘manchesteriani’» ad esse impressi dalla «piena rivincita» liberista²⁷. Il giurista, invece, cercherà di desumere dalla disciplina costituzionale anche un modello prescrittivo, che può non corrispondere ai dati ricavabili dalla storia economica del dopoguerra²⁸.

È certo che una «questione proprietaria» non è più all’ordine del giorno per le industrie, quando iniziano i lavori della Costituente: la restituzione delle fabbriche al capitale privato è già avvenuta, e senza contropartite politiche di rilievo per la classe operaia. I temi della riforma industriale e del controllo operaio vengono progressivamente accantonati, con il ridimensionamento del ruolo dei consigli di gestione e lo smantellamento dei controlli pubblici sull’attività economica²⁹. Cresce, invece, l’attenzione per i problemi dell’agricoltura, non solo per la situazione sociale che li rende politicamente ineludibili, ma anche per la diffidenza rispetto ad una vocazione industriale dell’Italia, che accomuna De Gasperi ed Einaudi³⁰, e che consente – in questa fase – una convergenza anche con le forze di sinistra su un programma che crei condizioni propizie allo sviluppo della proprietà terriera piccola e media.

L’accantonamento del problema della proprietà dell’industria, e l’attenzione per la proprietà agraria, incidono sulle scelte della Costituente, ma in modi peculiari, che possono essere intesi solo se non ci si limiti a prendere atto del carattere compromissorio della Costituzione, e si considerino invece il contenuto del compromesso raggiunto tra le principali forze politiche, e le formulazioni tecniche nelle quali si è tradotto.

Nell’atteggiamento democristiano³¹ si manifesta il progressivo spostamento dalle iniziali venature anticapitalistiche, o precapitalistiche (presenti sia nel Codice di Camaldoli che nella relazione di Gonella al I Congresso della Dc dell’aprile 1946), all’esigenza di introdurre una forma di garanzia che escluda la possibilità di cancellare la proprietà dal sistema economico. Ma l’impostazione iniziale, con la forte sottolineatura – soprattutto ad

²⁷ CASTRONOVO, *La storia economica*, in AA.VV., *Storia d’Italia*, IV, *Dall’Unità ad oggi*, I, Torino, 1975, p. 355.

²⁸ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., p. 261.

²⁹ Cfr. BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno*, Bologna, 1978; CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977; DANEI, *La politica economica della ricostruzione. 1945-1949*, Torino, 1975.

³⁰ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 281 ss.

³¹ Cfr. POMBENI, *Il gruppo dossettiano*, in *Cultura e partiti*, cit., pp. 425 ss.; R. MORO, *I movimenti intellettuali cattolici*, ivi, pp. 183 ss.; BAGET BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La Dc di De Gasperi e Dossetti*, I, Firenze, 1974²; e SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, 1977.

opera di Dossetti – dell'elemento sociale e di accenti finalistici, non verrà eliminata del tutto.

A sinistra, d'altra parte, Togliatti³² ha ben chiaro che non si andava a scrivere una Costituzione socialista, ma piuttosto «la Costituzione corrispondente ad un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche che tendono a soverchiarsi le une con le altre»³³. Si spiega così la sostanziale convergenza con la linea dossettiana, che si estende del resto alla stessa sinistra socialista, la quale ha in Basso il più lucido interprete. La ricostruzione delle complesse vicende che accompagnano i lavori della Costituente concorre alla definizione di un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali³⁴. I temi della pianificazione e della riforma agraria, se non sono direttamente recepiti, vengono però non respinti, ma accantonati, attraverso il ricorso, nel testo costituzionale, a tecniche particolari, e principalmente alla «riserva di legge». Pur con le dovute cautele, rimane dunque in larga misura valida la tesi di Calamandrei, per la quale «per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione *mancata*, le forze di destra non si opposero ad accogliere una rivoluzione *promessa*»³⁵. Almeno nel senso che la questione proprietaria rimase aperta, non essendo esclusa per il futuro la possibilità di mutamenti più radicali di quelli che sembravano al momento possibili.

Una soluzione di compromesso, dunque; ma tale rilievo, come si accennava, lascia aperto il problema, tecnico-giuridico, di valutare le forme e la portata del compromesso: «bene o male, le norme rimangono sempre proposizioni linguistiche»³⁶. La mediazione raggiunta – l'unica storicamente possibile – si traduce in una formulazione dell'articolo sulla proprietà che non lo irrigidisce in forme tali da farne un ostacolo agli ancora incerti svolgimenti del futuro. Tecnicamente, tale risultato si esprime nel legame tra riserva di legge e finalità di assicurare la «funzione sociale», attribuendo al legislatore il potere di determinare i modi di acquisto e di godimento ed i limiti della proprietà privata.

In tal modo, l'art. 42 introduce significativi elementi di rottura rispetto allo schema formale delle costituzioni e dei codici liberali. La formula

³² Cfr. VACCA, *Saggio su Togliatti e la tradizione comunista*, Bari, 1974, pp. 278 ss.

³³ Togliatti, discorso alla Costituente del 16 ottobre 1946, cit. da RODOTÀ, *Il terribile*, cit., p. 273.

³⁴ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., pp. 287 ss.

³⁵ CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, ora in *Scritti e discorsi politici*, II, Firenze, 1966, p. 461.

³⁶ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., p. 287.

della funzione sociale, risalente nel tempo e non priva di ambiguità, dopo l'ipotesi – peraltro abortita – di utilizzazione nella codificazione fascista³⁷, assume così la connotazione tecnica di criterio di selezione tra interessi contrapposti, che legittima la prevalenza legislativa accordata all'interesse sociale sull'interesse proprietario³⁸. Il testo costituzionale non porta certo in sé all'abbandono della logica del mercato; conduce però fuori della logica liberistica, nel momento in cui il vincolo previsto per l'intervento pubblico è solo quello della realizzazione di finalità sociali. «La proprietà privata non è automaticamente posta in una dimensione diversa da quella del mercato ...: ma la sua struttura è ormai conformata in maniera tale da permettere anche questa operazione»³⁹.

Si apre così una fase nuova, che conduce ai problemi dell'oggi. Per il giurista, il ricorso alla storia cede il passo all'apporto della sociologia, dell'economia, della teoria politica, essenziale per intendere il significato della «rinascita della questione proprietaria» (rilevabile da indici diversi come il piano Meidner in Svezia, il programma di nazionalizzazioni delle sinistre francesi, le nuove tematiche della protezione dei beni postmateriali)⁴⁰. L'acquisita consapevolezza storica gli insegna però, anche sul nuovo campo di lavoro, ad evitare entusiastiche approssimazioni o facili scorciatoie.

³⁷ Una ricostruzione della vicenda in SALVI, *Le immissioni industriali*, Milano, 1979, pp. 147 ss.

³⁸ Con conseguenze operative anche immediate di notevole rilevanza potenziale: RODOTÀ, *Il terribile*, cit., p. 253; e cfr. NATOLI, *La proprietà. Lezioni*, Milano, 1976², pp. 187 ss.; SALVI, *Le immissioni*, cit., pp. 375 ss.; GALGANO, *Immagini della proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, pp. 818 ss.

³⁹ RODOTÀ, *Il terribile*, cit., p. 309.

⁴⁰ *Ivi*, pp. 17 ss.

*La proprietà: dalla storiografia all'analisi giuridica**

1. Gli studiosi del diritto privato che si occupano della proprietà sono da tempo consapevoli della grande importanza di una corretta collocazione storica dell'istituto per l'inquadramento problemi di diritto positivo. Gli *excursus* storici dei giusprivatistici muovono solitamente dal ruolo fondamentale assegnato alla sistemazione data alla proprietà dal *Code civil* del 1804. A partire da questa data, infatti, è possibile disporre di un quadro normativo e di categorie nei quali il civilista di oggi ancora sostanzialmente si riconosce, pur consapevole che il tempo trascorso non è certo rimasto senza conseguenze.

Si discute tuttavia del vero ruolo svolto da quella sistemazione. Secondo un orientamento largamente diffuso, la concezione proprietaria del *Code civil* esprime il trionfo, e la carta fondamentale, dell'individualismo giuridico, come espressione della società borghese che nasce dalla rivoluzione antif feudale, e presto dovrà attrezzarsi contro la minaccia della rivoluzione proletaria. Secondo un'altra ipotesi di lettura, però, solo una deformazione ideologica porterebbe a segnalare una profonda cesura tra la concezione della proprietà assunta dal *Code*, e quelle preesistente e successiva. La pretesa assolutezza della proprietà codicistica sarebbe infatti più un mito che una realtà positiva, dal momento che sia la formula definitoria, sia la stessa disciplina data alla proprietà dal *Code civil*, darebbero ampio spazio ad interventi riduttivi dei poteri proprietari, posti nell'interesse generale o in quello di altri privati. Di conseguenza, sarebbe vano anche cercare le tracce (o proporsi di fondarle) di una successiva e più o meno recente rottura del modello tradizionale di proprietà, individuata solitamente con riferimento all'interventismo dello Stato novecentesco, e/o alle formulazioni costituzionali contemporanee, che subordinano (o coordinano) la proprietà privata all'interesse (o a una funzione) sociale.

Nella prima parte della sua ricerca (*Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981), Ettore Gliozzi si propone di dimostrare un'ipotesi che, pur basandosi su dati conosciuti, è tuttavia nel suo insieme originale, recependo elementi dall'una e dall'altra lettura del rapporto tra *Code civil* e concezione della proprietà. Della prima egli accoglie la sottolineatura del ruolo rivoluzionario della codificazione napoleonica. Questa, infatti, ha la funzione di consolidare l'assetto antif feudale dei rapporti sociali emerso dalla rivo-

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1982, pp. 129-135.

luzione, soprattutto attraverso la statuizione di una unica forma di appropriazione dei beni, quella individuale e libera che si esprime appunto nella c.d. proprietà romanistica. Ma sarebbe sbagliato ritenere che tale forma di proprietà esprimesse la rinuncia dello Stato ad intervenire nei rapporti economici (tradottasi, secondo la lettura tradizionale, nella tendenziale illimitatezza dei poteri del proprietario, garantiti rispetto alle ingerenze dei pubblici poteri). Al contrario, essa è il frutto di un ruolo attivo e permanente di uno Stato tutt'altro che agnostico rispetto ai rapporti sociali. L'intervento pubblico è anzi tutto finalizzato a distinguere le proprietà «giuste» (contadina individuale, artigiana, borghese) da quelle (contadina collettiva, nobiliare, ecclesiastica) che, esprimendo rapporti di potere antagonistici al processo rivoluzionario, sono invece considerate «ingiuste». L'intervento legislativo non solo definisce come unica forma di appropriazione uno schema proprietario idoneo a ricomprendere esclusivamente le prime; ma impedisce altresì, attraverso la posizione di una serie di norme limitative dell'autonomia privata contenute in diversi luoghi del *Code*, ogni possibilità di pervenire a una ricostituzione «spontanea» delle forme «ingiuste» di proprietà.

Gliozzi nega invece la continuità tra questa concezione rivoluzionaria della proprietà, e quella che accompagnerà poi – attraverso la formalizzazione operata dalla scienza giuridica, e soprattutto dalla pandettistica – il processo di industrializzazione, a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Si verificherebbe anzi un vero e proprio capovolgimento dei presupposti teorici e politici del *Code civil*.

Alla base di questo, infatti, è l'idea che la proprietà costituisce un diritto naturale, in quanto espressiva dell'appropriazione della qualità materiale attraverso il lavoro. In essa trova dunque il suo compimento una vicenda storica e culturale che dalla rivoluzione inglese, da Locke e dal giusnaturalismo giunge, attraverso l'economia politica classica e le teorie fisiocratiche, ad influenzare il corso della rivoluzione in Francia e a determinare appunto la concezione della proprietà assunta dal *Code*.

Dai Due trattati sul governo di Locke al Discorso preliminare di Portalis corre dunque un filo rosso, che si spezza invece quando la borghesia si trova di fronte al problema non di delegittimare il potere, e le forme di proprietà, dell'*ancien régime*, ma di respingere la delegittimazione del suo potere, e delle sue forme di proprietà, postulata dal movimento operaio e dalla riflessione marxiana. Nel frattempo è infatti accaduto che lo sviluppo capitalistico, procedendo ed investendo di sé tutta la società, ha assegnato all'impresa privata capitalistica fondata sul lavoro salariato, il

ruolo di formazione che impronta della sua logica l'intero tessuto sociale. Ma la proprietà capitalistica dei mezzi di produzione non si lascia spiegare (e giustificare) nei termini giusnaturalistici dell'appropriazione personale, e richiede invece un procedimento di depurazione dello schema formale del diritto soggettivo da ogni connotato materiale e storico.

2. È in questa prospettiva che Gliozzi rilegge le pagine del *Capitale* sulla proprietà capitalistica. Marx mostra come lo sviluppo capitalistico si fondi sulla espropriazione di quella proprietà individuale, fondata sul lavoro personale, che costituiva il modello del *Code civil*; e sulla sostituzione di essa con una forma di appropriazione fondata sul lavoro di soggetti non proprietari, privi di ogni potere di controllo sui mezzi di produzione e sui prodotti. Il marxismo assume così l'eredità storica del giusnaturalismo rivoluzionario; non però – come nel socialismo proudhoniano – per prospettare un utopistico ritorno ad una società di artigiani e contadini proprietari; ma per dedurre, dal carattere irreversibilmente sociale assunto dal processo produttivo, l'istanza del superamento della proprietà privata capitalistica mediante forme di appropriazione collettiva dei mezzi di produzione.

La depurazione – cui si è accennato – della concezione della proprietà da ogni elemento giusnaturalistico, operata nel secolo scorso dalla cultura giuridica, costituisce appunto, secondo Gliozzi, una forma di risposta alle critiche socialiste. Da un lato, il diritto è solo quello positivo, posto cioè dall'autorità dello Stato, ed è conoscibile scientificamente solo con strumenti formali. Dall'altro, la proprietà si fonda (secondo una linea di pensiero antigiusnaturalistica, ricostruita lungo l'asse Hegel-scuola storica pandentettistica) non più sull'appropriazione materiale del bene, ma sulla signoria della volontà – che dal soggetto si dirige alla cosa – in quanto espressione della personalità del proprietario. Vano è dunque cercare una giustificazione extrapositiva della proprietà, che si giustifica da sé medesima, consistendo nella sottoposizione del bene alla libera volontà del soggetto che ne risulti titolare in base ai canoni formali dell'ordinamento. Ne conseguono, tra l'altro, l'interpretazione garantista del ruolo dei codici, che appaiono lo statuto della libertà dei cittadini rispetto a pretese di ingerenza della collettività e del potere pubblico; e la delegittimazione scientifica di ogni discorso giuridico sulla proprietà che dai dati normativi e formali intenda scendere all'analisi degli interessi tutelati e della funzione economico-sociale dell'istituto.

3. Secondo Gliozzi, questa concezione della proprietà, a lungo dominante negli studi giuridici, è priva di vere capacità cognitive, ed è quindi sostanzialmente antiscientifica. Sia nella versione tradizionale della signoria assoluta sul bene, sia in quella del potere di escludere gli altri, la concezione tradizionale della proprietà contrasta infatti radicalmente con la realtà sociale. La proprietà capitalistica dei mezzi di produzione non si realizza né con il rapporto diretto tra il titolare e il bene, né con l'esclusione dei terzi dalla cosa; ma, al contrario, con la «ingerenza» sui mezzi di produzione di soggetti determinati, cioè i lavoratori salariati. La concezione pandettistica della proprietà costituisce dunque l'espressione ideologica del rapporto sociale capitalistico, finalizzata a depurare lo schema concettuale del diritto soggettivo dalla sua effettiva funzione di titolo formale per precludere ai produttori immediati il controllo sia sul contenuto e le finalità del proprio lavoro, sia sul prodotto; e ad assegnare invece entrambi alle decisioni del capitalista-proprietario.

È vero che la scienza giuridica ha ormai superato questo livello di analisi della situazione proprietaria. Tuttavia, secondo Gliozzi, il mancato chiarimento del carattere ideologico, e non tecnico-scientifico, dell'elaborazione ottocentesca, continua a incidere sulla riflessione successiva. Vengono discusse in tale prospettiva le teorie dell'impresa che, nell'esaminare le trasformazioni recenti della proprietà, interpretano quello che è un processo interno alla logica anche giuridica del capitalismo, mediante categorie che tentano invece di eliminare l'esistenza stessa di una *questione proprietaria* con la quale scientificamente (e politicamente) misurarsi.

È questo il segno di fondo delle varie teorie che nell'ultimo cinquantennio dallo sviluppo della grande impresa nelle forme della società per azioni deducono la scomparsa della figura del proprietario (come persona fisica che signoreggia la cosa e ne esclude i terzi), e quindi la fine della proprietà «privata» dei mezzi di produzione. La formula della separazione della proprietà dal controllo della ricchezza (se non viene adottata per definire i rapporti tra azionisti minori e gruppi di controllo, in una visione attenta solo ai rapporti interni alla società per azioni) assume schiettamente la funzione ideologica di delegittimare la riflessione e il progetto politico del movimento operaio.

La forma societaria dell'impresa capitalistica viene infatti intesa nel senso che il potere del «proprietario» si esaurisca nell'atto iniziale di investimento, mentre la funzione attiva di direzione verrebbe assunta da dirigenti non proprietari, o comunque non investiti di tale funzione per il fatto di essere proprietari. L'analisi sociale marxista, fondata sulla definizione

delle classi sociali in termini di proprietà dei mezzi di produzione, sarebbe dunque condotta all'esaurimento, essendo la presenza o assenza del titolo proprietario priva di rilievo, di fronte alla separazione, nella grande impresa contemporanea, tra proprietà formale ed effettivi poteri di gestione. Tali poteri discenderebbero non da un titolo formale, e quindi da un «privilegio», ma da una obiettiva e necessaria funzione organizzativa, la quale, essendo connaturata alla produzione di massa, non sarebbe né descrivibile in termini di (conflitto tra) classi sociali, né riformabile: ogni prospettiva in tal senso si ridurrebbe infatti alla sostituzione di un gruppo ad un altro nello svolgimento di una funzione sempre eguale.

4. Gliozzi osserva che, nonostante l'apparente realismo, le concezioni manageriali della grande impresa sono convincenti solo se si accetta la concezione ottocentesca della proprietà come rapporto diretto del titolare sul bene e potere di escluderne i terzi. Se invece si ritiene che la proprietà capitalistica, come rapporto sociale, non può essere assunta in quello schema, si vede anche che la sostanza di quel rapporto (l'esclusione dei produttori immediati dal controllo sui mezzi di produzione e sui prodotti, attribuito ad un soggetto diverso in base a un titolo formale) rimane immutato nella grande impresa organizzata in società per azioni. La «appartenenza» agli azionisti dei beni inseriti nell'impresa sociale non è una forma di proprietà radicalmente diversa da quella dell'imprenditore individuale. Gli azionisti, infatti, con il diritto di voto e il diritto agli utili e alla quota di liquidazione, esercitano le funzioni tipiche ed essenziali della proprietà privata capitalistica dei mezzi di produzione, quelle cioè di comandare sul lavoro altrui e di appropriarsi dei suoi risultati; né la natura della forma di proprietà viene modificata dai meccanismi di concentrazione del potere societario in mani ristrette.

Secondo Gliozzi, il mancato riconoscimento della natura della proprietà privata capitalistica costituisce una debolezza analitica di fondo della scienza giuridica. L'incapacità, che ne deriva, di assumere nell'analisi la realtà effettuale che sta «dietro» le norme giuridiche e gli schemi formali, non solo porta a risultati mistificanti, ma impedisce anche di chiarire problemi «tecnici», come ad es. quelli della natura dei titoli azionari, o della definizione e classificazione a fini operativi delle diverse figure sociali variamente ricondotte alla categoria dell'imprenditore, o ancora dell'interpretazione della disciplina costituzionale dei rapporti economici.

Per quanto concerne in particolare tale ultimo tema, Gliozzi osserva che

la pluralità dei tipi di proprietà, da tempo rilevata dalla cultura giuridica, deve essere ricostruita intorno ai rapporti sociali tipici di un'economia capitalistica. È possibile così individuare tre modelli fondamentali di proprietà, a seconda che il diritto abbia ad oggetto beni di consumo, beni produttivi che appartengono al produttore, beni produttivi inseriti in un'impresa capitalistica. Dal confronto di tale prospettiva con la disciplina costituzionale, Gliozzi deduce che l'art. 42, 2° co. della Costituzione concerne esclusivamente – sia per la garanzia, sia per la previsione della funzione sociale – i primi due modelli di proprietà, e non la proprietà capitalistica, che è invece regolata dall'art. 41. Tale norma, ponendo il principio che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, impone, in primo luogo, di individuare appunto nell'utilità sociale il limite istituzionale di esercizio della proprietà capitalistica; inoltre, di prendere atto della contraddizione, costituzionalmente sancita, tra gli interessi della collettività, e quelli della grande impresa.

5. Mostrerebbe di non avere inteso le finalità dell'autore, chi cedesse alla tentazione, sempre forte per un recensore, di rivedere le bucce del saggio, sottolineandone alcuni limiti, come la ristrettezza degli interlocutori rispetto ad un arco storico e problematico così ampio, oppure talune forzature nell'attribuire motivazioni anti-socialiste alle teorie giuridiche esaminate.

Il saggio non si lascia infatti leggere soltanto in chiave accademica, ma anche come riuscita provocazione metodologica nei confronti degli orientamenti odierni della cultura giuridica, compreso il filone progressista emerso a partire dagli anni sessanta. Non è dunque solo per l'obiettiva importanza dei loro studi in materia che gli interlocutori criticamente privilegiati da Gliozzi tra i giuristi di oggi sono Galgano e Rodotà.

In verità, Gliozzi ha il merito di avere mirato in alto, affrontando due temi che, anche se fuori moda in questo inizio degli anni ottanta, non sembrano tuttavia esauriti: il rapporto tra marxismo e analisi giuridica, non come riproposizione di moduli astratti, ma come rivendicazione di un filone di pensiero che consente di ridurre lo scarto tra una scienza delle forme ed i suoi referenti economici e sociali; e la questione dei rapporti di produzione e di proprietà, considerata centrale per un movimento politico (e per la cultura che ad esso fa riferimento) che si propone la trasformazione profonda, e non la gestione, della società capitalistica.

Naturalmente, ciò non significa condividere tutte le conclusioni del saggio. E, per non sottrarsi all'onere di motivare tale rilievo, anche se pro-

cedendo solo per accenni, si può dire che, ad es., la critica del formalismo giuridico andrebbe forse scomposta, nel senso che il «formalismo» dell'analisi giuridica non è immotivato, nella misura in cui riflette il carattere formale e astratto del diritto moderno, come espressione e modo d'essere della formalità ed astrazione propri degli stessi rapporti sociali capitalistici. In questa prospettiva, la concezione «romanistica» della proprietà rappresenta non solo lo strumento per una serie di operazioni politico-culturali (dalla polemica antifeudale, alla «liberazione» delle campagne nel quadro dell'individualismo agrario, alla difesa delle prerogative proprietarie rispetto alla ingerenza dello Stato e della collettività, fino alle perduranti interpretazioni garantistiche delle Corti costituzionali), ma anche la categorizzazione del dato storico reale rappresentato dalla riconduzione di tutti i beni economici nello schema unico della merce, che costituisce il presupposto e il fondamento dello sviluppo capitalistico. Se si segue questa ipotesi di lettura, il connotato della esclusività dei poteri proprietari può costituire il filo conduttore che consente di istituire un nesso più di continuità che di rottura tra il *Code civil* (e il mondo di interessi e valori che in esso si esprime) e i successivi sviluppi della società borghese e della sua scienza giuridica. Così come – ma qui basti veramente un accenno – il rapporto tra proprietà fondiaria e impresa industriale è probabilmente più conflittuale, anche sul piano dell'esperienza giuridica, di quanto non risulti dalla ipotesi interpretativa proposta nel saggio.

Né del tutto convincenti sembrano le conclusioni di Gliozzi sulla disciplina costituzionale della proprietà, sotto un duplice profilo. In primo luogo, la limitazione dell'ambito oggettivo dell'art. 42, 2° co., alla proprietà contadina o artigiana urta contro considerazioni esegetiche, concernenti sia le origini storiche della norma, sia il rapporto tra essa e i restanti commi dello stesso articolo, sia l'esistenza di forme di proprietà di grande rilievo economico, che non si lasciano ricondurre a nessuno dei tre modelli in cui invece viene esaurita la ripartizione dei beni privati (si pensi soprattutto alla proprietà edilizia). In secondo luogo, la formula della funzione sociale non sembra espressiva, nel testo costituzionale e nella riflessione giuridica dell'ultimo ventennio, solo o principalmente di una fondazione (e giustificazione) della proprietà privata sull'interesse sociale. Essa può risultare invece idonea a concettualizzare anche tecnicamente quello stesso conflitto tra interesse del titolare e interesse della collettività, che emerge dal 2° co. dell'art. 41.

Ma, come già si è rilevato, è comunque ragione di grande merito (e motivo di riflessione, anzitutto per il proprio lavoro personale e collettivo)

avere sollevato i grandi temi prima ricordati. La questione della proprietà capitalistica conduce infatti al centro di quell'insieme di nodi irrisolti e di intuizioni non sempre definite che oggi si esprime nella formula della «terza via». Se non si tratta né di statizzare integralmente i mezzi di produzione, né di recepire passivamente le forme giuridiche e i rapporti sociali del capitalismo, quali connotati assume oggi, in una società industriale avanzata, la questione della proprietà (vista sia come critica della appropriazione capitalistica, sia come istanza di un superamento di essa che non ricalchi modelli inappaganti)? Di fronte alla «rinascita della questione proprietaria», di cui parla Rodotà nella introduzione alla sua recente raccolta di studi sul *terribile diritto*, il livello analitico e progettuale di alcune socialdemocrazie europee, anche se discutibile per più versi, è forse più vicino del nostro alla dimensione istituzionale dei problemi che ci sono di fronte.

III. IL DIRITTO PRIVATO E L'EUROPA

*L'Europa, i codici e la proprietà**

1. L'idea di un diritto civile comune europeo (anche se limitato a obbligazioni e contratti e alla responsabilità civile) è stata approfondita dagli studiosi ed è culminata, come sappiamo, nel *Draft of Common Frame of Reference*, un insieme di regole che siamo abituati a citare e a considerare rilevanti, e che stanno a mezza strada tra il tradizionale linguaggio delle codificazioni e le massime giurisprudenziali.

Qualcosa di simile, se vogliamo, a quello che fecero i pandettisti per dare un fondamento unitario alle molteplici discipline giuridiche vigenti nei molteplici stati della Germania ottocentesca. Il loro lavoro fu alla base del codice tedesco che aprì il nuovo secolo. Ma la codificazione fu possibile perché nel frattempo Bismarck aveva unificato politicamente la Germania (“col ferro e col sangue”, come aveva promesso).

L'Unione europea, invece, non è uno stato e nemmeno una federazione; e questo è il motivo, credo, per il quale l'idea di un codice europeo non è mai stata seriamente considerata dalle istituzioni europee, che non hanno tenuto conto del lavoro degli studiosi, non hanno deciso di trasformare questo patrimonio di idee in diritto positivo¹. Anzi, la concorrenza tra gli ordinamenti ha prevalso sull'armonizzazione; e la Corte di giustizia (basti qui ricordare le sentenze Laval e Viking) ha teorizzato la libertà, per le imprese, di scegliere l'ordinamento più conveniente (cioè con le regole più favorevoli sui salari e sui diritti dei lavoratori). Non solo un codice comune, ma anche una più modesta armonizzazione dei diritti nazionali, contrasterebbe con questo aspetto della libertà economica. La concorrenza tra ordinamenti nazionali (che presuppone la pluralità dei medesimi) diviene così un aspetto della libertà economica, il pilastro dell'Unione.

Il risultato è che un diritto comune europeo dei principali istituti civilistici non esiste, e del resto beni e proprietà (oltre a persone e famiglia) ne sono rimasti fuori fin dall'inizio.

A loro volta, gli Stati più importanti (oltre ai paesi dell'Est europeo,

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2022, pp. 471-478. Relazione al Convegno annuale dell'Unione dei Privatisti, “L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?”, Pavia, 18-19 novembre 2022.

¹ Sul rapporto tra DCFR, diritto europeo e codici nazionali, v. C. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo, I valori della convivenza e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. Rescigno e S. Mazzamuto, Torino, 2014, pp. 221 ss.

ma questi per altre e ovvie ragioni) si sono impegnati in un processo di codificazione *ex novo*, o di riforma, dei propri codici. Com'è noto ciò è avvenuto, lungo linee tra loro diverse, in Germania e in Francia². Entrambe le riforme hanno peraltro riguardato – con qualche eccezione, delle quali parleremo – il regime della circolazione, non dell'appropriazione della ricchezza, escludendo la materia dei beni e della proprietà.

2. Quanto all'Italia, si è da tempo diffusa l'idea che viviamo l'età della decodificazione³. E' un'idea che si sta però rilevando in contrasto con la realtà prevalente negli stati europei.

Vi sono inoltre tre dati in parziale controtendenza rispetto all'idea della decodificazione. In primo luogo, alcune innovazioni sono state introdotte nel codice (anche in tema di proprietà), anche se talvolta in sedi improprie e con orribile tecnica legislativa; si è usato il ricorso ad emendamenti apportati a decreti legge, e si è scelta la sede della disciplina della trascrizione: art. 2643 n.2-bis, 2645 quater.

In secondo luogo, per passare agli studiosi, l'Associazione civilisti italiani ha promosso un'ampia ricerca su una possibile revisione del codice.

Infine, il primo governo della passata legislatura ha presentato un disegno di legge di “delega per la revisione del codice civile”, finito poi nel nulla e peraltro modesto e talvolta infelice nei contenuti. Nell'insieme, quindi, poco e male.

3. Il punto è che una riforma del Codice civile non ha ragion d'essere se non si dà un chiaro obiettivo politico. Come avvenne al tempo della nascita della codificazione, a cominciare dal padre di tutti i codici, quello di Napoleone. L'obiettivo politico era chiaro ed esplicito: consolidare i risultati della rivoluzione borghese rispetto sia al ritorno di tendenze del tardo feudalesimo, sia a innovazioni democratiche come quelle tentate dai giacobini.

Un obiettivo politico – accanto a quelli tecnici – si è data, come sappiamo, la riforma dello *Schuldrecht*. Questa si colloca nella logica

² Interessanti saggi in proposito sono in *Dal 'Fitness check' alla riforma del codice civile*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2019.

³ Secondo la nota tesi di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1987; e ID., *L'età della decodificazione vent'anni dopo*, Milano, 1999.

dell'armonizzazione, con l'obiettivo (non l'unico ma certo non secondario) del raccordo con la normativa UE, fino al punto di introdurre nel 2000 (in occasione del recepimento della direttiva sui contratti a distanza) le definizioni di imprenditore e consumatore nei paragrafi 13 e 14, all'interno del primo Titolo della Prima parte, dedicata alle persone fisiche: un opinabile omaggio al consumismo ordoliberal⁴.

La via della concorrenza fra ordinamenti, al contrario, è obiettivo esplicito della riforma francese: come dice la relazione, tra le sue finalità (la seconda indicata) è quella di "facilitare l'applicazione del diritto francese nei contratti di diritto internazionale", ed è per tale ragione, dice ancora la relazione, che è stato tra l'altro deciso l'abbandono della nozione di causa.

Resta il dubbio se vi siano sufficienti ragioni per le quali il titolare di un fondo di investimento, a ciò legittimato solitamente da una clausola arbitrale, dovrebbe scegliere il codice di Napoleone, ancorché riformato, e non, per esempio, la legislazione del Delaware.

Tutt'altra via ha seguito il codice civile e commerciale argentino, entrato in vigore il 1° gennaio 2016: integrare nelle norme del codice la normativa costituzionale e internazionale di tutela dei diritti umani e dei diritti individuali "di incidenza collettiva" (in particolare "il diritto a un ambiente sano"). Sotto il capitolo della tutela della persona, il codice argentino prevede inoltre una serie di diritti della personalità di nuova generazione (il consenso informato, il diritto di disporre sulla fine della vita, limiti della ricerca medica inerente gli esseri umani, ecc.). E' chiara la logica politica di questo codice se si considera il tragico passato dittatoriale di quel Paese. Dal nostro punto di vista, l'aspetto interessante è l'integrazione dei principi costituzionali nel diritto civile attraverso norme di legge; da noi, com'è noto, questo compito è affidato ai giudici, con metodi e risultati talvolta opinabili.

4. Svolte queste premesse di ordine generale, passo ora al tema dei beni e della proprietà. Cominciando da casa nostra, ci si può interrogare sull'attualità del terzo libro del codice civile. Ancora di recente, Guido Calabresi⁵ ha sostenuto la tesi secondo la quale quel codice resta ispirato al tradizionale formalismo, che dai giuristi era considerato "una strategia

⁴ V. in proposito le osservazioni critiche di S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, pp. 96 ss.

⁵ G. CALABRESI, *Il rapporto tra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, a cura di G. Bellantuono e U. Izzo, Napoli, 2022, p. 7.

molto efficace” per “resistere alle riforme del periodo fascista”. L'influenza del fascismo sul codice sarebbe stata irrilevante, se non per poche parole di troppo, facilmente eliminabili e in effetti poi eliminate.

E' la tesi che fu sostenuta, tra gli altri, da Salvatore Pugliatti, il quale in un saggio del 1950⁶ scrisse che nella codificazione la cultura giuridica aveva svolto un ruolo di freno rispetto ai “neofiti entusiasti” del regime fascista e alla “applicazione dei nuovi principi e delle nuove forme”. Era lo stesso Pugliatti che nel 1942⁷ aveva al contrario valorizzato il rilievo civilistico della legge del 1941 che dava valore giuridico alla Carta del lavoro, e aveva teorizzato la “corporativizzazione dell'ordinamento giuridico”.

Maestri del diritto, certo; ma non maestri di coerenza.

Quasi tra parentesi, ricordo che i civilisti che collaboravano alla redazione del codice non avevano sollevato alcuna obiezione sull'art. 1 che prevedeva “limitazioni della capacità giuridica derivanti all'appartenenza a determinate razze” e sulle altre norme razziste contenute nel primo libro.

Chiusa la parentesi, va segnalato che quello del 1942 fu in effetti un “nuovo codice” rispetto al suo antecedente. Al di là delle ideologie, esprimeva il progetto di un capitalismo organizzato autoritativamente dall'alto, e la disciplina della proprietà rispondeva a questo progetto⁸.

Il libro della proprietà, come il libro V sull'impresa, delineava una originale saldatura fra assetto privatistico e intervento pubblico, rimasta poi a lungo lettera morta per difetto del secondo, a partire dalla restaurazione liberista iniziata nel 1946; poté così affermarsi tra i giuristi l'idea crociana del fascismo come parentesi.

Da una parte, rilevò la mancata entrata in funzione del sistema corporativo; dall'altra l'attenzione crescente – a partire dagli anni '60 – al dato costituzionale. Questa attenzione non condusse, nonostante qualche tentativo, ad affrontare il tema di una riforma del codice civile⁹. Giuristi e magistrati si concentrarono piuttosto sulla rilettura dell'intera trama del

⁶ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, IV, pp. 50 ss.

⁷ Sull'influenza dell'ideologia e del progetto istituzionale del fascismo sul codice civile la letteratura è ampia. Mi limito (evitando autocitazioni) a rimandare a N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, pp. 701 ss., dove bibliografia.

⁸ Il disegno di legge di “Delega per la riforma del codice civile” (n. 557/c del 10 ottobre 1963) non fu ben accolto dai civilisti, anche per la sua modesta portata innovativa. V. gli atti del convegno *La riforma del codice civile*, Roma, 1966.

⁹ Protagonista (come si sa, ma piace ricordarlo) fu Stefano Rodotà, i cui scritti in argomento, che coprono mezzo secolo, si possono leggere raccolti in *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013.

diritto privato, comprese le norme del codice, sulla base della Costituzione. Ciò avvenne, in ordine alla proprietà, utilizzando il principio della funzione sociale, alla luce del quale fu possibile porre su basi innovative l'interpretazione delle novità introdotte dal codice, come – tra l'altro – l'inserimento della legislazione speciale e la nuova definizione contenuta nell'art. 832.

5. Per tornare ai giorni nostri, è da ricordare anzitutto che in Francia e in Germania la materia della proprietà è stata soltanto sfiorata nelle riforme recenti¹⁰. L'unica eccezione, peraltro interessante, e sulla quale ritornerò, è il recente libro terzo del Codice civile del Belgio.

In Francia e in Germania, la definizione della proprietà rimane quindi quella scritta, fra l'inizio e la fine dell'Ottocento, rispettivamente dall'impero di Napoleone e dal secondo *Reich*.

Naturalmente le cose non sono rimaste affatto come allora. Ma c'è più di una ragione dell'immutabilità delle formule definitorie.

La prima ragione è che la sostanza del problema proprietario si è trasferita nel frattempo dai codici alle costituzioni e alle interpretazioni che delle costituzioni hanno dato i giudici. Tale sostanza è la garanzia della posizione proprietaria. Nei codici, essa si esprime nel principio per il quale i poteri del proprietario costituiscono la regola, rispetto all'eccezione rappresentata dalle limitazioni poste dal legislatore o dal governo.

Venuto meno il controllo proprietario su queste fonti del diritto, nel corso del Novecento la sostanza del primato proprietario è mutata passando dai poteri e dalle facoltà a lui attribuite dalla legge, al valore patrimoniale dei suoi beni, e alla garanzia che per tale valore i giudici hanno ritenuto di trarre dai testi costituzionali.

La tecnica, come sappiamo, è stata quella dell'espropriazione sostanziale, inventata dai giudici supremi (prima negli USA di fine Ottocento, poi nella Germania di Weimar, da noi negli anni '60 del secolo scorso).

6. C'è poi una seconda ragione dell'immutabilità delle norme generali

¹⁰ Del codice civile dei Paesi Bassi del 1992 (che ha sostituito quello del 1832) va segnalata la distinzione tra il concetto ampio di bene (disciplinato nel terzo libro: parte generale del diritto patrimoniale) e quello di cosa, riservato ai beni corporali e disciplinato nel quinto libro (diritti reali).

sulla proprietà contenuta nei codici.

Come si sa, le costituzioni del trentennio successivo alla Seconda guerra mondiale avevano derubricato la proprietà privata dalla sua collocazione tra i diritti di libertà, e avevano introdotto clausole sociali (la proprietà obbliga, la funzione sociale e altre) intese a superare la logica regola-eccezione del rapporto tra poteri proprietari e limiti legislativi.

I testi paracostituzionali del neoproprietarismo hanno invece riproposto la logica ottocentesca. Nella Carta dei diritti UE la libertà economica e quella proprietaria (artt. 16 e 17) addirittura aprono il titolo dedicato alla libertà. Che cosa c'è di più simile all'art. 544 del codice di Napoleone dell'art. 17 della Carta?

A sua volta, la CEDU ha dato dell'art. 1 del primo protocollo aggiuntivo un'interpretazione che prevede sia l'espropriazione sostanziale sia la commisurazione dell'indennità al "danno" subito dal proprietario; le novità dei giudici sono state poi passivamente recepite dal legislatore italiano.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, il principio della funzione sociale continua a essere considerato rilevante, e utilizzato nelle decisioni, sia dai giudici sia dalla Corte costituzionale. Né va dimenticato che la proprietà è esclusa, con espressa norma del Trattato, dalle competenze eurounitarie.

Vedremo se e come conviveranno i due principi della funzione sociale, proprio dell'ordinamento nazionale, e della libertà proprietaria, prevalente a livello sovranazionale.

7. Veniamo ora al testo più significativo per il nostro tema, perché è l'unico che riscrive totalmente e con innovazioni interessanti la disciplina dei beni e della proprietà: il libro Terzo del codice civile del Belgio, entrato in vigore il 1° gennaio 2021.

Le innovazioni sono sia sistematiche, sia di contenuto.

Sotto il primo aspetto, l'ordine della materia è originale. In primo luogo troviamo "disposizioni sui diritti reali" (tra le quali il principio di tipicità: per l'art. 3.3 "solo il legislatore può creare diritti reali"). Seguono disposizioni generali sull'acquisto e l'estinzione dei diritti reali, sul possesso, la detenzione, la regola "possesso vale titolo" (con precisazioni interessanti); il secondo capitolo è dedicato alla pubblicità immobiliare.

Solo a questo punto il codice disciplina la "classificazione dei beni". Per l'art. 3.38 "le cose, naturali o artificiali, corporali o incorporali, si distinguono dagli animali. Le cose e gli animali si distinguono dalle

persone”. Agli animali è dedicato l’art. 3.39 dove si dice che “sono dotati di sensibilità e hanno dei bisogni biologici”; ad essi si applicano le norme relative alle cose corporali, nel rispetto delle disposizioni legali e regolamentari che li proteggono e dell’ordine pubblico.

Una normativa in parte simile al paragrafo 90a del BGB (e poi al nuovo secondo comma del paragrafo 903), introdotto nel 1990 (anch’esso a fini di armonizzazione, con riferimento alle direttive europee sul benessere degli animali, emanate in quel periodo). Il tema, come sappiamo, è da noi affrontato nella riforma dell’art. 9 della Costituzione, per il quale “le leggi dello Stato disciplinano i modi e le forme di tutela degli animali”.

8. La disposizione più interessante, nel nuovo Codice del Belgio, riguarda le “cose comuni”, distinte dai beni “sains maître”. Le cose comuni, dice l’art. 3.43, non possono essere appropriate, non appartengono a nessuno e sono utilizzate nell’interesse generale, compreso quello delle generazioni future. Il loro uso è comune a tutti ed è regolato da leggi speciali.

Come si vede, i beni comuni vengono per la prima volta codificati; a conferma del fatto che il tema dei Commons non è un’esercitazione intellettuale, ma componente di un diritto adeguato al mondo contemporaneo.

Importante è il riferimento, contenuto nella norma citata, all’interesse delle generazioni future, che ha assunto rilievo costituzionale in Italia con la riforma dell’art. 9, per il quale la Repubblica tutela l’ambiente “anche a beneficio delle generazioni future”, e in Germania con la decisione del 2021 del Tribunale federale tedesco (il primo giudice che ha tratto dal principio conseguenze rilevanti in tema di bilancio pubblico). E si può ricordare che già nel testo della commissione Rodotà era scritto che “i beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall’ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future”.

In questo contesto merita almeno un cenno la nuova formulazione dell’art. 41 della Costituzione, che ha fatto parlare della prospettiva di una “funzione ecologica” della proprietà privata. Si può citare sul tema la sentenza della Corte di Giustizia del 27 gennaio 2022 (C-234/20) per la quale “la tutela dell’ambiente può giustificare una restrizione all’esercizio del diritto di proprietà che non conferisce un diritto all’indennizzo”. Soluzione innovativa per i giudici del neoproprietarismo (anche se le motivazioni sono un po’ pasticciate), ma che per l’ordinamento italiano ha un’antica storia, dal vincolo idrogeologico della legge Serpieri alle corrispondenti

norme del codice civile fino alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che a partire dalla sent. 56/1968 ha tenuto fermo che i vincoli paesaggistici non danno luogo a indennizzo.

9. Ma torniamo al codice del Belgio. Solo dopo tutte le novità di cui si è detto, il codice arriva alla proprietà. E qui avvertiamo una sorta di ritorno al passato. L'art. 3.50 ne dà una definizione a ben vedere non molto diversa da quella di Napoleone: il diritto di proprietà attribuisce "direttamente" (l'avverbio lo distingue dagli altri diritti reali) il diritto di usare, di godere e di disporre. Il proprietario ha "la pienezza delle prerogative, sotto riserva delle restrizioni imposte dalle leggi, dai regolamenti o dai diritti dei terzi".

Ho svolto prima qualche considerazione sulle ragioni di questa continuità nelle definizioni codicistiche della proprietà. Nell'età del neoproprietarismo anche le innovazioni, pur importanti, incontrano il limite della centralità dell'appropriazione privata dei beni.

10. Concludo molto brevemente con tre osservazioni. Rispetto al titolo del nostro convegno mi sembra di poter dire che la decodificazione non corrisponde alle odierne tendenze degli stati europei; che l'Europa dei codici prevale sull'utopia di un codice per l'Europa; e che si ripropone irrisolta la tensione tra la funzione sociale (ed ecologica) e l'individualismo neoproprietario, che caratterizza gli ordinamenti del capitalismo contemporaneo.

*Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole**

SOMMARIO: 1. Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole – 2. «Trenta gloriosi» e principio sociale nel diritto privato – 3. Neoliberalismo: la proprietà diritto di libertà – 4. La funzione sociale nel diritto italiano del secondo Novecento. La conformazione legislativa... – 5. ...e il serio ristoro per il proprietario – 6. Le norme europee nell'interpretazione delle Corti – 7. La garanzia integrale dei valori patrimoniali privati – 8. La recezione nel diritto interno: a) la riparazione del «danno patrimoniale» – 9. b) il risarcimento del danno non patrimoniale – 10. Vanificazione della funzione sociale per effetto del diritto europeo? – 11. Funzione sociale e controlimiti – 12. Il principio sociale e l'identità costituzionale italiana. Germania e Italia: uno *spread* di democrazia?

1. Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole

La Costituzione italiana e quella europea contengono due diversi principi generali in materia di proprietà privata.

Per la prima, il principio è la funzione sociale (art. 42), per la seconda è la libertà del proprietario (art. 17 della Carta dei diritti). Si tratta di principi storicamente alternativi. Quello della nostra Costituzione ha la finalità di negare alla proprietà il carattere, che aveva nel sistema dei codici e delle Costituzioni liberali, di diritto di libertà, per il quale la regola è il potere del proprietario, ed i limiti sono l'eccezione; mentre quello della Carta UE ripristina la nozione di proprietà come diritto di libertà. Ciò emerge chiaramente dal tenore delle due norme, e dalla rispettiva collocazione sistematica.

I due principi hanno determinato regole operative molto differenti, con rilevanti effetti sulla disciplina della proprietà. Esaminerò al riguardo i temi dell'indennità di esproprio e del risarcimento del danno non patrimoniale.

Al termine porrò il quesito sulla relazione tra i due principi. Possono coesistere, o la prevalenza dell'uno comporta la caducazione dell'altro?

2. «Trenta gloriosi» e principio sociale nel diritto privato

La contrapposizione tra la logica proprietaria della Costituzione italiana e quella del vigente diritto europeo discende dal contesto storico del quale

* Pubblicato in *Proprietà e diritto europeo. Atti del Convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, a cura di G. D'Amico, ESI, Napoli, 2013, pp. 45-65.

le due dinamiche istituzionali sono espressione. Anche così si spiegano le difficoltà che si affrontano quando il giurista tende, per così dire, a mediarle, come talvolta avviene nei ragionamenti sull'armonizzazione o sulla tutela multilivello.

Com'è noto, dopo la seconda guerra mondiale, si apre in Occidente (e quindi anche in Italia), una fase nuova della società e del diritto moderni, caratterizzata in primo luogo da istituzioni democratiche basate sul suffragio universale, nelle quali sono politicamente rappresentate tutte le classi sociali. Lo «Stato pluriclasse» di cui parlava M.S. Giannini.

Si afferma, parallelamente, una nuova concezione dei diritti: ai tradizionali diritti civili, politici e di libertà si affiancano i diritti sociali; mentre la proprietà viene espunta dal catalogo dei diritti di libertà.

I nuovi principi furono accolti nelle Costituzioni europee di quel periodo, tra le quali la nostra, così come del resto (lo vedremo) nei testi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Comunità europea degli anni '50.

Tra gli strumenti per realizzare questi principi furono l'intervento pubblico nell'economia e il controllo sociale sull'uso del territorio attraverso la compressione della rendita fondiaria. Contemporaneamente, con lo Stato sociale, venivano istituiti regole e apparati pubblici per assicurare l'effettività dei diritti all'istruzione, alla pensione, alla salute, ecc.

Gli storici hanno parlato, per definire un periodo nel quale si affermarono insieme giustizia sociale e sviluppo economico, di «età dell'oro» (E. Hobsbawm), o di «trentennio glorioso» (I. Fourastié).

Si delineò un compromesso tra capitale e lavoro: mantenimento della proprietà privata dei mezzi di produzione, e al tempo stesso tutele del lavoro e dei ceti non proprietari.

Questi orientamenti, e la loro consacrazione formale in testi costituzionali, indussero a riformulare i principi generali del diritto privato: funzione sociale della proprietà privata, subordinazione dell'autonomia privata all'interesse generale, rilievo dell'eguaglianza «sostanziale» accanto a quella «formale», importanza crescente di una dimensione non patrimoniale del diritto privato.

Sul piano delle culture prevalenti, le teorie liberiste appaiono in questo periodo screditate e sono emarginate. Si afferma invece un'inedita convergenza tra filoni di pensiero fino ad allora contrapposti: quelli liberale, cristiano e socialista.

Ciò trova traduzione nei testi costituzionali elaborati nel periodo considerato: non solo in Italia, ma anche in Germania, Francia, Spagna,

Grecia, Portogallo. E a questi testi corrisponde il nuovo orientamento assunto, dalla metà degli anni '30, dalla Corte suprema USA, con l'introduzione del criterio del doppio standard di garanzia costituzionale, più penetrante per i diritti civili e di libertà, meno per quelli economici.

Il superamento dell'endiadi proprietà-libertà è elemento costitutivo di questa fase storica. È teorizzato dai pensatori più influenti anche nel campo liberale (pensiamo alla critica a Locke svolta da Hans Kelsen o alla polemica di Benedetto Croce con Luigi Einaudi sulla differenza tra liberalismo e liberismo); è al centro delle culture politiche collettive prevalenti (quella social-democratica e la dottrina sociale della chiesa).

In breve, la traduzione di quella endiadi nei testi costituzionali (con la funzione sociale in Italia e Spagna, con analoghe formulazioni altrove) esprime un profondo cambiamento rispetto alla precedente fase storica e alle sue radici nella fondazione ottocentesca del diritto privato moderno.

3. Neoliberismo: la proprietà diritto di libertà

Com'è noto oggi il quadro è completamente diverso. Da circa quarant'anni, e in maniera progressivamente crescente, sono divenuti dominanti il pensiero e le politiche del liberismo, in una sorta di ritorno all'800.

E un vero e proprio rovesciamento di paradigma. Da von Hayek a Milton Friedman, dall'analisi economica del diritto a teorie come quella di Robert Nozick (che critica Locke «da destra», all'opposto di Kelsen) la centralità della libertà economica e proprietaria viene variamente affermata, e tradotta in politiche di privatizzazione, deregolazione, rinnovata tutela degli assetti proprietari.

Parallelamente, si assiste a varie forme di trasferimento di potere dalle istituzioni rappresentative a soggetti diversi (giudici, autorità indipendenti, istituzioni sovranazionali); una tendenza che assume una particolare incidenza nei paesi dell'Unione europea, e per la quale si è parlato di postdemocrazia o di autoritarismo liberista. Del resto, del nuovo paradigma liberista fa parte la critica all'eccesso di democrazia, dalle stravaganti proposte costituzionali di von Hayek alle teorie della crisi di governabilità della democrazia come quella di Samuel Huntington.

Alle quattro libertà di cui parlava Roosevelt (tra le quali la libertà dal bisogno) si sono sostituite le quattro libertà economiche dei testi europei.

Altrettanto influente è il corpo di dottrine, e di orientamenti delle giurisdizioni sovranazionali, che propugnano una sorta di neogiusnaturalismo fondato sul valore universale della dignità umana e sulla conseguente massima estensione da assegnare ai «diritti umani».

Svincolato da una dimensione sociale (presente invece in testi come la Dichiarazione ONU dei diritti umani e la Costituzione italiana del 1948), il richiamo alla dignità e ai diritti umani diventa compatibile (come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) con il ritorno dell'iniziativa economica e della proprietà privata nel novero dei diritti di libertà, dove la collocavano lo Statuto albertino e i testi costituzionali coevi. I giudici europei (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti umani) hanno adottato questo orientamento, ben prima della sua formulazione nella Carta dei diritti.

Si viene così delineando quella che è stata definita una nuova «costituzione economica», diversa e in alcuni punti in contrasto con i principi economico-sociali della Costituzione italiana.

Per quanto riguarda il nostro tema, il principio della funzione sociale è sostituito dal principio della proprietà come diritto di libertà.

4. La funzione sociale nel diritto italiano del secondo Novecento. La conformazione legislativa...

Le conseguenze dell'adozione dell'uno o dell'altro principio sono molto rilevanti sul piano operativo. Consideriamo anzitutto le conseguenze che nella materia proprietaria sono state tratte dal principio della funzione sociale.

Nella fase dell'attuazione costituzionale, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, all'argomento desunto dai principi della Carta fondamentale è fatto ricorso sia per contestare la legittimità o proporre una diversa interpretazione di singole norme, sia per un diverso inquadramento teorico degli istituti fondamentali del diritto civile. Le teorie e le regole della proprietà privata, della autonomia privata e del contratto, della responsabilità civile, dei diritti nella persona sono riesaminate alla luce dei principi costituzionali.

I tratti salienti di questa revisione risiedono essenzialmente in due aspetti, tra loro variamente intrecciati. In primo luogo, il rilievo assegnato all'interesse generale e all'utilità sociale rispetto alla logica individualistica

e privatistica; in secondo luogo, la progressiva espansione della dimensione non patrimoniale del diritto civile.

Dal primo punto di vista viene anzitutto colta la portata innovativa, ancorché parziale e limitata, del Codice civile del 1942 rispetto alla tradizione giuridica precedente, e si dà rilievo alle leggi diverse dal Codice, che la teoria tradizionale considerava di natura eccezionale, e quindi non utilizzabili a fini sistematici. Si ritiene invece che alla «legislazione speciale» debba farsi ricorso per una ricostruzione degli istituti fondamentali del diritto privato, che sia al tempo stesso realistica e conforme alla Costituzione.

Parallelamente, particolare rilievo viene dato alle «clausole generali», che — si dice — devono essere interpretate alla luce della Costituzione. Tendenza, questa, che permane e anzi sembra accentuarsi nella giurisprudenza più recente, come quando si è fatto ricorso dalla Cassazione alla funzione sociale per fondare una generale regola di divieto nell'abuso del diritto (Cass. 20106/2009); ovvero si è negato che l'estensione della risarcibilità del danno non patrimoniale sia applicabile anche alla lesione della proprietà (Cass, sez. un., 26972/2008).

Principi costituzionali, legislazione (non più) speciale e interpretazione estensiva e conforme alla Costituzione delle clausole generali concorrono a rivedere le caratteristiche degli istituti fondamentali del diritto privato: proprietà, ma anche autonomia privata e responsabilità.

Per quanto riguarda in particolare la proprietà privata, si afferma che il contenuto del diritto è istituzionalmente «conformato» dalla legge. Le varie leggi che delimitano i poteri del proprietario, in modo differenziato per i diversi beni (per cui si ritiene che debba parlarsi delle proprietà al plurale, e non più della proprietà come figura generale), non sono limiti «esterni» al godimento pieno ed esclusivo del proprietario, ma attuazioni del principio costituzionale della funzione sociale. E' la legge, secondo l'art. 42, 2° co., Cost., a determinare «i modi di acquisto e di godimento e i limiti» del diritto di proprietà; che quindi, per così dire, nasce come conformato dalla legge, senza che vi sia un prima caratterizzato da pienezza ed esclusività dei poteri del proprietario, e un dopo nel quale intervengono i limiti di legge.

Si sottolinea inoltre che il qualificativo «sociale» (nell'art. 42 così come, per l'iniziativa economica privata, nell'art. 41) non è da intendersi in modo generico, come nel concetto tradizionale di «interesse pubblico». I suoi contenuti risultano dai principi fondamentali e dalle altre norme costituzionali, e in particolare dal dovere di solidarietà, dall'eguaglianza c.d. sostanziale, dalla tutela dei diritti sociali.

Banco di prova di questa dottrina fu la legislazione sulla proprietà fondiaria. La legge urbanistica del 1942 già conteneva regole restrittive dei poteri proprietari; negli anni '60 si prospettarono in sede politica ulteriori riforme, al fine di contrastare la speculazione edilizia.

La legislazione restrittiva riguardava peraltro non solo la proprietà edilizia, ma anche la proprietà agraria, nonché i contratti aventi ad oggetto l'uso dei beni immobili (dalle locazioni urbane ai contratti agrari). Tutte materie molto conflittuali sul piano sociale e controverse su quello politico.

5. ... e il serio ristoro per il proprietario

Alla tesi della «funzionalizzazione» del diritto di proprietà si contrapponeva quella che segnalava che l'art. 42, accanto al principio della funzione sociale, contiene l'enunciazione del riconoscimento e della garanzia della proprietà privata.

Nella seconda metà degli anni '60 alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 6 del 1966; nn. 55 e 56 del 1968) operarono una rilettura complessiva dell'art. 42 che realizzava una sorta di contemperamento tra i due principi (della funzionalizzazione e della garanzia). Da un lato, la Consulta confermava che il principio della funzione sociale legittima una penetrante regolazione legislativa. Dall'altro, affermava che la garanzia del proprietario andava rinvenuta non nel 2°, ma nel 3° co. dell'art. 42; dovendosi intendere per espropriazione non solo il trasferimento coattivo della titolarità, ma anche l'imposizione di limiti eccessivamente penetranti.

Il tema controverso era l'inerenza o meno dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà fondiaria. Con le sentenze nn. 55 e 56 del 1968 la Corte costituzionale disse, tra l'altro, che era necessario distinguere anzitutto a seconda della categoria nella quale inserire l'immobile considerato. E che alla luce della normativa vigente, ma anche della «coscienza sociale», lo *jus aedificandi* doveva ritenersi connaturato al diritto di proprietà per gli immobili urbani; non invece per quelli rientranti tra le «bellezze naturali». La conseguenza che ne trasse fu che il vincolo di inedificabilità era legittimo in entrambi i casi; ma nel primo solo se ad esso si fosse accompagnato un indennizzo per il proprietario del bene vincolato.

Veniva introdotta così nell'ordinamento in via pretoria un'innovazione di grande portata: la figura delle limitazioni sostanzialmente espropriative, successivamente divenuta una pietra angolare della normativa proprietaria.

La nozione di espropriazione sostanziale nasce nella Germania di Weimar (nel quadro del contrasto tra potere politico democratico e potere giudiziario legato al vecchio sistema), ed è presente in altri ordinamenti (come nella distinzione nell'esperienza USA tra *de facto taking* e *regulation*).

Interessa qui segnalare due dati. Il primo è che la figura del limite sostanzialmente espropriativo non incide sulla nozione civilistica della proprietà, perché non incide sulla configurazione dei poteri proprietari.

Il limite, infatti, è legittimo, purché sia previsto l'indennizzo. Ne risulta quindi non alterato il modello della proprietà conformata. La novità consiste in ciò, che accanto alla nozione civilista, si introduce una nozione «costituzionale» di proprietà, che non concerne la struttura e il contenuto del diritto, ma la garanzia del patrimonio privato. In altri termini, costituzionalmente garantita non è l'inviolabilità del diritto, il cui contenuto può essere conformato dal legislatore in modo anche molto penetrante; ma il valore economico del bene, che va almeno in parte reintegrato. Dal punto di vista civilistico, continua a non aver senso ogni discorso sul contenuto «minimo» del diritto di proprietà privata (come già avevano capito i pandettisti quando parlavano di elasticità del dominio). Sotto il profilo della garanzia costituzionale, ciò che rileva è un aspetto del tutto diverso: l'entità della perdita subita del proprietario rispetto al valore che il bene avrebbe, in assenza dell'intervento restrittivo. Siamo più vicini alla nozione di danno patrimoniale nella responsabilità civile, che a quelle di contenuto e limiti del diritto di proprietà.

Altrettanto rilevante è il secondo aspetto della giurisprudenza costituzionale, che ha tenuto fermo (fino all'intervento del diritto europeo sul quale tornerò) che l'indennizzo può essere inferiore alla perdita patrimoniale subita dal proprietario per effetto dell'intervento legislativo, essendo sufficiente un «serio ristoro». E ciò in conseguenza appunto del principio della funzione sociale, che consente effetti redistributivi a danno della rendita fondiaria e a favore della collettività.

La Corte costituzionale aveva realizzato, insomma, una sorta di compromesso tra posizioni proprietarie e antiproprietarie. Da un lato, confermando la legittimità della conformazione legislativa (o «funzionalizzazione», come pure si diceva), dall'altro, imponendo una parziale reintegrazione della perdita economica che ne derivava al proprietario.

6. *Le norme europee nell'interpretazione delle Corti*

Del tutto diverso è l'impianto proprietario della Costituzione europea. Esso è il prodotto di un'evoluzione giurisprudenziale delle Corti europee iniziata negli anni '80 del secolo scorso, e che ha trovato poi sanzione normativa nella Carta dei diritti UE (artt. 16 e 17).

Nella prima fase della Costituzione europea, il quadro era diverso. Ne resta traccia nell'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'UE, per il quale i «trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». La norma risale al Trattato di Roma del 1957. Il suo significato originario derivava dagli orientamenti allora prevalenti, ed in particolare dalla duplice esigenza di consentire la proprietà pubblica anche per i beni economici (cfr. il primo co. dell'art. 42 della Costituzione), e di distinguere la tutela della concorrenza (affidata alle nuove regole europee) da quella della rendita fondiaria (disciplinata da ciascuno Stato secondo regole proprie).

Considerazioni non dissimili valgono per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel testo originario, era assente una norma sulla proprietà.

Essa fu aggiunta, com'è noto, con il primo protocollo addizionale del 1952 (art. 1). La formulazione della norma garantisce a ogni persona fisica e giuridica il «diritto al rispetto dei suoi beni», e il 2° co. stabilisce che queste disposizioni «non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale».

La differenza con la formulazione dell'art. 17 della Carta dei diritti dimostra l'orientamento profondamente mutato nei cinquant'anni trascorsi tra i due testi. Dai lavori preparatori della Convenzione emerge come si dubitasse dell'opportunità di inserire la proprietà tra i diritti tutelati, e come fu poi scelta una formulazione non contrastante con gli orientamenti costituzionali allora prevalenti.

L'attuale interpretazione, da parte della Corte di Strasburgo, della norma sulla proprietà è una creazione giurisprudenziale che inizia nella seconda metà degli anni '80 del secolo scorso. Il percorso è analogo a quello seguito dalla Corte di giustizia UE in materia di libertà economiche, fino a considerarle — a partire dalle sentenze *Laval* e *Viking* del 2007 — prevalenti, in via di principio, su diritti sociali e tutela del lavoro, pur formalmente protetti dalle norme europee. Anche qui, il contrasto con l'art. 41 Cost. è evidente.

Ma il punto che mi interessa sottolineare è che i principi del diritto europeo in tema di libertà proprietaria (e analogamente di libertà di impresa: ma stiamo al nostro tema) sono una creazione dei giudici europei che non aveva, prima del Trattato di Lisbona, un fondamento testuale.

Il ruolo creativo dei giudici europei è stato in qualche misura riconosciuto dalla Corte costituzionale, quando ha posto il principio della prevalenza sul diritto interno delle norme europee «così come interpretate» dai giudici europei. Il Trattato di Lisbona, costituzionalizzando la Carta dei diritti e inserendo la Cedu nel sistema del diritto dell'Unione, ha insomma riassunto e formalizzato la giurisprudenza creativa delle due Corti.

7 La garanzia integrale dei valori patrimoniali privati

Veniamo ora a considerare alcuni effetti normativi del principio europeo della proprietà come diritto di libertà, cominciando dal profilo della garanzia costituzionale. L'oggetto della garanzia viene esteso, anzitutto, oltre i confini del diritto di proprietà. In secondo luogo si afferma che l'indennità per l'espropriazione (formale o sostanziale) deve corrispondere in linea di principio all'intero ammontare della perdita economica subita dal privato. Quanto al primo aspetto, la Corte di Strasburgo ha progressivamente esteso la nozione di «bene protetto», di cui all'art. 1 del primo protocollo, a tutti i «valori patrimoniali» del privato, rispetto ai quali l'attore possa avere anche solo una «legittima speranza» di acquisire un interesse protetto. Il principio risale agli anni '90 del secolo scorso, ed è progressivamente ribadito ed esteso (da ultime Cedu 7 giugno 2011, Agrati c. Italia; 26 aprile 2011, Di Marco c. Italia).

Quanto al secondo aspetto, nel testo della norma manca un riferimento all'indennizzo, per la volontà espressa da alcuni Stati di evitare limitazioni alla propria libertà di scelta. Dalla seconda metà degli anni '80 (a partire dalle sentenze James e Lithgow del 1986) la Corte afferma che il pagamento dell'indennizzo è implicito nell'esigenza di protezione della proprietà.

Successivamente, essa ha affermato anche che l'indennizzo deve corrispondere al valore economico del bene ablatto, o alla diminuzione di quel valore, nel caso di limitazione sostanzialmente espropriativa. Solo in caso di riforme economico-sociali o del sistema politico (come in Grecia per l'espropriazione delle terre dei monasteri, e dei beni dell'ex re Costantino dopo la caduta della monarchia) questo principio può essere temperato.

Le differenze, rispetto al sistema consolidato nel nostro ordinamento a partire dagli anni '60 del secolo scorso, riguardano entrambi gli aspetti. Il primo è l'estensione dell'oggetto della garanzia, dal valore patrimoniale dei beni oggetto del diritto di proprietà, a tutto il patrimonio del privato: un'enorme massa di diritti quesiti (la cit. sentenza Agrati riguarda una norma della legge finanziaria del 2006 in tema di rilevanza dell'anzianità ai fini della determinazione dello stipendio di una categoria di dipendenti pubblici, che era stata invece dichiarata legittima dalla Corte costituzionale con la sent. 234/2007: come vedremo, non è l'unico caso in cui la Consulta è smentita dai giudici europei).

Il secondo aspetto concerne la differenza in ordine alla misura dell'indennità: se per la Corte costituzionale bastava un «serio ristoro», per i giudici europei è necessaria la riparazione integrale della perdita subita dal privato.

Queste regole portano a compimento il parallelo, cui ho prima accennato, tra tutela del patrimonio privato nei confronti dell'intervento legislativo e regole delle responsabilità civile. Se il legislatore restringe eccessivamente (secondo i giudici, ai quali spetta valutare la «proporzionalità» dell'intervento) la situazione giuridico-patrimoniale del privato, l'intervento produce i suoi effetti, ma il danno patrimoniale che il privato subisce deve considerarsi ingiusto, e va integralmente risarcito con l'equivalente monetario.

E' difficile non vedere che per tale via è messa potenzialmente in discussione ogni funzione redistributiva della legislazione, a partire da quella che intenda ridurre la rendita fondiaria a favore di interessi sociali.

Estendere i confini della garanzia economica della proprietà fondiaria significa, in concreto, rendere impossibile, tanto più nelle attuali condizioni delle finanze pubbliche, la prospettiva di un decente «governo del territorio» (per usare l'espressione introdotta dal nuovo testo dall'art. 117 Cost.).

La più recente giurisprudenza amministrativa (v. in part. Cons. Stato, Sez. IV, 2710/2012) sta rivedendo le nozioni di «vincolo urbanistico» indennizzabile e di «vocazione edificatoria delle aree», con il possibile effetto di ridimensionare le ipotesi di espropriazione sostanziale rispetto a quelle di conformazione non indennizzabile e di contenere il *quantum* dell'indennizzo. Se si dovessero definitivamente affermare le regole europee, questo apprezzabile orientamento verrebbe colpito alla radice e potremmo abbandonare la speranza di contenere quello che viene oggi chiamato l'abnorme «consumo del suolo».

8. *La recezione nel diritto interno: a) la riparazione del «danno patrimoniale»*

Come ha reagito l'ordinamento italiano (giudici e legislatore) al cambiamento di paradigma proprietario operato dal diritto europeo?

Va ricordato che l'introduzione di una nuova fonte di diritto, quella della norma interposta, desunta dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., è avvenuta con due sentenze della Corte costituzionale del 2007, che riguardano entrambe regole proprietarie (l'indennità di esproprio e l'occupazione acquisitiva).

Con la sent. 348/2007 la Consulta ha modificato la propria precedente giurisprudenza in tema di indennità per le aree edificabili. La medesima normativa che era stata dichiarata legittima con la sent. 283/1993 diviene illegittima per effetto della giurisprudenza in materia della Cedu.

Secondo la Consulta, infatti, le massime di tale giurisprudenza diventano vere e proprie norme giuridiche, fonti del diritto italiano, interposte appunto tra le norme costituzionali e quelle ordinarie.

Per la verità è sempre meno chiaro che cosa voglia dire «interposizione». Sembrava che la nozione servisse per dichiarare illegittime le norme ordinarie contrastanti con obblighi internazionali, quali quelli derivanti dall'adesione alla CEDU, purché però questi a loro volta non contrastino con le norme costituzionali.

Ma progressivamente l'interposizione sta diventando preminenza. Se infatti una norma costituzionale è stata fin qui interpretata dalla Consulta in un certo modo ed essa ritiene invece di dover modificare la propria precedente giurisprudenza per conformarsi a quella della Corte di Strasburgo, poco resta della primazia delle norme costituzionali. E questo aspetto sarà indubbiamente accentuato dall'inserimento della Convenzione nel diritto dell'Unione, previsto dal Trattato di Lisbona.

Tuttavia, la sent. 348/2007 contiene anche una persuasiva interpretazione del principio della funzione sociale, condotta alla luce del sistema dei principi costituzionali (il dovere di solidarietà anche economica di cui all'art. 2, la tutela dei diritti sociali). Sulla base di questa premessa, pur dichiarando illegittima la norma controversa, la Consulta aveva ribadito che l'indennità non deve necessariamente corrispondere al valore venale del bene, purché costituisca un serio ristoro (secondo la sua costante giurisprudenza risalente al 1957).

Nella successiva sent. 181/2011 scompare invece ogni riferimento alla funzione sociale. Questa volta oggetto della decisione è l'indennità per le aree non edificabili. Anche questa volta la Consulta dichiara illegittima la

medesima norma che in precedenza (sent. 261/1997) aveva invece ritenuto conforme a Costituzione. La funzione sociale, e il sistema costituzionale nella quale si inserisce, non vengono questa volta nemmeno citati. Ci si limita a prendere atto della diversa giurisprudenza della Cedu.

Nel frattempo, il legislatore si è adeguato. Il 1° comma dell'art. 37 t.u. espropriazione è stato riscritto. «L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento». Mentre, per l'art. 39, la reiterazione di un vincolo sostanzialmente espropriativo comporta «un'indennità, commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto»: anche questa terminologia è significativa.

9. b) *il risarcimento del danno non patrimoniale*

L'innovazione delle norme interposte, per eterogenesi dei fini, ha portato all'introduzione legislativa di un'altra regola inedita. Mi riferisco al risarcimento del danno non patrimoniale alla proprietà. La nuova regola nasce dalle complesse vicende dell'occupazione acquisitiva, che mi guardo bene dal ripercorrere: mi limito a considerarne l'esito legislativo, sul punto ora indicato.

Nel 2011 è stato introdotto nel t.u. espropriazioni l'art. 42-*bis*, che detta la nuova disciplina della materia e, nel 1° comma, stabilisce che in caso di acquisizione del bene alla pubblica amministrazione «al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene».

È vero che siamo abituati a una bizzarra micro legislazione che incide anche sul diritto civile in modo generalmente poco felice, per usare un eufemismo, ma il punto da segnalare è l'introduzione nel nostro ordinamento di una tutela monetaria non patrimoniale della proprietà, ancorché limitata all'occupazione acquisitiva.

La Cassazione a sezione unite, nella sent. 26972/2008, ha escluso, con esplicito riferimento alla diversa disciplina della CEDU, che la lesione della proprietà possa rientrare nell'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 2059. E la ragione risiede appunto in ciò, che nella nostra Costituzione la proprietà non rientra tra i «diritti inviolabili della persona

riconosciuti dalla Costituzione», ai quali applicare il principio della «tutela minima risarcitoria». Per questo il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 «si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica».

Per la Corte di Strasburgo, invece, il diritto di proprietà rientra tra quelli inviolabili, a pari titolo dei diritti di libertà, e pertanto la sua violazione comporta il risarcimento anche del danno non patrimoniale. Ecco un altro conflitto di regole che deriva da un conflitto di principi: uno di quei conflitti che nessuna argomentazione in termini di tutela multilivello e di armonizzazione può risolvere, perché o si applica l'uno, ovvero l'altro.

Dottrina e giurisprudenza hanno sempre affermato che nella nostra Costituzione la proprietà non è un «diritto presidiato come primario e fondamentale», per usare le parole di Corte cost. 22/1971. Il futuro dirà se i nostri giudici accetteranno invece il primato del diritto europeo anche per l'applicazione dell'art. 2059.

Il problema concerne il principio di eguaglianza, sotto diversi profili. È giustificabile il risarcimento del danno non patrimoniale solo per l'ipotesi dell'occupazione acquisitiva, e non per altre lesioni del diritto di proprietà da parte dello Stato? Ovvero solo per violazioni di norme europee, e non anche di norme nazionali? E ancora, è conforme all'art. 3 Cost. l'applicazione del rimedio se la lesione è prodotta da un pubblico potere, e non da un privato?

Come si vede, anche sotto questo aspetto da due diversi principi generali derivano regole a loro volta molto differenti.

10. *Vanificazione della funzione sociale per effetto del diritto europeo?*

Veniamo ai criteri giuridici di soluzione del conflitto tra i contrapposti principi della proprietà come funzione sociale ovvero come diritto di libertà.

Nella riflessione della dottrina, un orientamento deduce, dal conflitto di principi, la vanificazione e l'inapplicabilità del principio della funzione sociale. Su un versante, si è sostenuto che la primazia del diritto europeo anche sulle norme costituzionali comporta la disapplicazione dell'art. 42 Cost. (M. Comporti). Da un altro versante, ma con analoghi risultati, si è scritto (L. Nivarra) che oggi assistiamo «all'appassimento della funzione sociale» (e anzi di tutta la Costituzione), che «continua a esistere, ma non è

più reale». Quel che appare attuale secondo questo orientamento, è invece la prospettiva di «un radicale superamento paradigma proprietario», e così dovrebbe essere intesa la nozione di «bene comune».

Per altri, invece, proprio la prospettiva del rilievo giuridico dei «beni comuni» può essere fondata solo su una rinnovata attualità della funzione sociale (S. Rodotà).

Vi è poi l'orientamento di chi ritiene che un'interpretazione sistematica consente la coesistenza dell'art. 17 della Carta dei diritti con l'art. 42 Cost. (così il Presidente del Tribunale UE, M. Jaeger).

11. Funzione sociale e controlimiti

Condivido l'opinione di coloro che sottolineano l'incompatibilità tra il principio che considera la proprietà un fondamentale diritto di libertà e il principio della funzione sociale. Non credo invece che ciò determini la vanificazione della funzione sociale. Il tema è affrontato da Comporti, secondo il quale la funzione sociale non può essere considerata uno dei «contro limiti» alla supremazia del diritto europeo sul diritto costituzionale italiano, di cui parla la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Com'è noto, la Consulta dice che il diritto dell'Unione prevale sulle norme costituzionali in base all'art. 11, ma è sottoposto al sindacato di legittimità in ordine «ai principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero ai diritti inalienabili della persona umana» (da ult. Corte cost. 227/2010).

Se ne deduce che oltre ai diritti personali inalienabili vi sono altri principi costituzionali che prevalgono sul diritto sovranazionale.

Quali sono questi principi? Finora la Consulta non si è espressa in proposito. Vale la pena di ricordare che la giurisprudenza costituzionale in materia, risalente al 1973 e precisata dalla sentenza La Pergola (170/1984), precede temporalmente i Trattati di Maastricht e di Lisbona, l'inserimento della Cedu nel diritto UE, nonché l'evoluzione delle giurisprudenze delle due Corti europee, che prima ho ricordato.

È vero che la funzione sociale non rientra tra i «principi fondamentali» degli articoli 1-12, essendo disciplinata dall'art. 42. Ma quei principi non si limitano al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo. Essi affermano anche i doveri inderogabili di solidarietà, e la promozione dell'eguaglianza c.d. sostanziale.

Ricordo, sui principi fondamentali della Carta, l'insegnamento di Costantino Mortati, che nel porre il principio lavoristico come supremo principio della nostra Carta, ne affermava il ruolo di «supremo criterio interpretativo» degli artt. 41-45 Cost. L'esclusione della proprietà privata dai diritti di libertà comporta, per Mortati, «l'assoggettamento dell'attività economica privata della funzione sociale».

Del resto la Corte Costituzionale, nella sent. 348/2007, ha detto qualcosa di simile: la funzione sociale «deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale», e la disciplina proprietaria non deve «pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)».

12. *Il principio sociale e l'identità costituzionale italiana. Germania e Italia: uno spread di democrazia?*

La mia tesi, in breve, è che doveri di solidarietà, tutela dei diritti sociali e funzione sociale sono strettamente connessi in un fondamentale «principio sociale», e concorrono a definire la «identità costituzionale» italiana, fungendo così da controlimiti alla primazia del diritto europeo.

A maggior ragione l'argomento vale se dovesse trovare accoglimento l'autorevole opinione (G. Silvestri) per la quale l'intero complesso delle norme costituzioni può fungere da «controlimite» alla primazia del diritto europeo.

Il Tribunale costituzionale tedesco ha affermato che il principio dello Stato sociale fa parte dell'identità costituzionale tedesca, e non può quindi essere violato dalle norme europee (da ultimo con la sent. del 12 settembre 2012).

Analoghi essendo i principi fondamentali delle due Costituzioni, se per il nostro paese dovesse valere una soluzione diversa, dovremmo parlare di uno *spread* di democrazia, dell'assenza di quelle «condizioni di parità con gli altri Stati» necessarie per la limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 Cost. La Germania infatti imporrebbe agli altri Stati limiti al primato del diritto europeo, che per se stessa non consente.

Del resto, l'art. 4, 2° comma, del Trattato sull'Unione europea stabilisce che «l'Unione rispetta l'eguaglianza degli Stati membri e la

loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale». E' vero che la Corte di Giustizia non ha finora tenuto conto di queste norme, come ha segnalato di recente F. De Witte. Ma da questa constatazione dovrebbe dedursi l'esigenza del recupero dell'autonomia interpretativa dei giudici italiani, rispetto al *dictum* che le norme europee vanno applicate così come interpretate dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

Qualche considerazione infine sull'art. 117 Cost. Come già ho accennato, l'inserimento della Convenzione europea dei diritti umani nel diritto dell'Unione ricondurrà probabilmente l'intera tematica proprietaria nell'ambito dell'art. 11, e non più tra le norme interposte.

Rimane tuttavia un problema che mi limito ad accennare. Non mi pare che finora l'art. 117 sia stato applicato ad altri obblighi internazionali assunti dall'Italia, e che pure incidono sul rapporto tra diritti economico-patrimoniali e diritti sociali e del lavoro, ma in una direzione opposta a quella delle giurisprudenze europee. Ricordo la Convenzione Onu sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, l'adesione dell'Italia all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la Carta sociale europea del 1996. Questi testi non prevedono — a differenza dei Trattati UE e della CEDU — una propria giurisdizione per l'attuazione dei diritti e dei principi da essi affermati.

Ma non mi pare davvero una buona ragione per non tenerne conto.

Concludendo, proprio chi crede nella «scelta europea» ha molte ragioni per ritenere che la Costituzione europea debba garantire i principi che furono posti e in buona parte attuati in molti Stati nazionali nel trentennio successivo alla Seconda guerra mondiale. Sono quei principi, del resto, a definire nel mondo bipolare l'identità europea, e non le «quattro libertà» presidiate a Bruxelles e a Lussemburgo.

La garanzia dell'identità sociale europea è oggi insomma nelle norme costituzionali nazionali e non nei Trattati, se non per il tramite del primato delle identità costituzionali nazionali.

La mia opinione, per quello che vale, è che una fase di garanzia della sovranità nazionale, anche attraverso la prevalenza dei principi costituzionali sociali sulle regole e decisioni europee che con essi contrastino, può tenere aperta la prospettiva di una riforma dell'Unione. E questa è forse l'unica alternativa alla sua dissoluzione.

Bibliografia

Il volume di C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, contiene gli scritti di M. JAEGER, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, e di G. SILVESTRI, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, citati nel testo, nonché scritti in argomento di C. Salvi, G. Raimondi, G. Azzariti, S. Giubboni, C. Pirelli, G. Vettori, M. Barcellona, S. Mazzamuto, L. Nivarra.

Per la giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di proprietà v. P. GIANNITTI (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna-Roma, 2013, pp. 1067 ss., nonché:

M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1979, pp. 389 ss.

E. HOBBSAWM, *Il secolo breve* (1994), trad. it., Milano, 1995, pp. 267 ss.

J. FOURASTIÉ, *Les Trente Glorieuses, on la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979.

H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1955), trad. it. in ID., *La democrazia*, Bologna, 1984, pp.364 ss.

R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia* (1974), trad. it., Firenze, 1981, pp. 185 ss.

F. VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, Chicago, 1979, per la proposta di una Costituzione basata sulla «demarchia».

S. HUNTINGTON, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of the Democracy to the Trilateral Commission*, New York, 1975.

Su alcuni dei temi affrontati nel testo, più ampiamente in C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali*, in *Eur dir. priv.*, 2011, pp. 437 ss.; *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 31 ss. e v. pure:

M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 205 ss.

L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in corso di pubblicazione in *Riv. crit. dir. priv.*

Sul rapporto tra «beni comuni» e funzione sociale, S. RODOTÀ, *Postfazione*, in M.R. MARELLA (cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, pp. 311 ss.; C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 209 ss.;

C. MORTATI, *Principi fondamentali. Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 1 ss.

Sui contro limiti, la tutela delle identità nazionali e l'integrazione «asimmetrica», F. VECCHIO, *Primato del diritto europeo e identità costituzionali*, Roma, 2011, per ragionamenti oltre gli schemi consueti.

F. DE WITTE, *EU Laws, Politics, and the Social Question*, in *German Law J.*, 2013, pp. 608 ss.

Per la recente giurisprudenza amministrativa P. URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urb. App.*, 2013, pp. 59 ss.

Sull'occupazione acquisitiva, con riferimento alle tematiche del testo, G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, Torino, 2013, pp. 93 ss

*Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema**

SOMMARIO: Premessa – 1. Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto – 2. I principi della “massima espansione della tutela” e della “garanzia del livello di protezione” e il problema del “bilanciamento” – 3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali? – 4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU – 5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti – 6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto – 7. I “contro limiti” costituzionali e il “margine di apprezzamento nazionale”. Il principio sociale come “contro limite” – 8. Dignità umana e identità sociale europea.

Premessa

Il ruolo dei principi costituzionali nella ricostruzione e nell'applicazione del diritto civile è stato affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dagli anni '60 del secolo scorso, abbandonando l'idea del carattere meramente programmatico di quei principi.

Per tale via la configurazione degli istituti civilistici e i criteri di interpretazione si sono largamente evoluti e modificati, ed è stato assegnato un ruolo crescente a valori personalistici e sociali.

Successivamente, la funzione di indicare principi generali è stata svolta dalla “Costituzione europea” (per usare una formula comprensiva del diritto normativo e giurisprudenziale dell'Unione e di quello CEDU).

I saggi raccolti in questo volume affrontano un tema finora solo sfiorato, a mio avviso, nella riflessione giuridica: quello del confronto sui contenuti (e non solo quindi sul carattere multilivello delle tutele e sul sistema delle fonti) dei principi costituzionali nel diritto civile, per verificare gli elementi di convergenza e di divergenza tra principi europei e principi nazionali.

E questa verifica viene condotta ponendo al centro il rapporto tra libertà economiche e diritti patrimoniali da un lato, principi “sociali” e diritti personali e sociali dall'altro.

Gli aspetti più significativi e problematici di tale rapporto sono esaminati in questo mio scritto, nel quale è rielaborata la relazione introduttiva al Convegno svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011¹, che è

* Pubblicato in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, a cura di C. Salvi, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 1-21.

¹ Il Convegno su “Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani” è stato organizzato dal Dipartimento per gli studi giuridici “Alessandro Giuliani” della Facoltà

alla base dei saggi raccolti in questo volume.

1. *Tutela dei diritti e sistema delle fonti: un problema aperto*

Il sistema delle fonti è in continuo sommovimento, più che per l'entrata in vigore dei nuovi Trattati, per l'attivismo delle massime giurisdizioni europee e nazionali.

Al centro di questo attivismo è la tutela dei diritti fondamentali. Sembra quasi di assistere a una gara per stabilire chi è in grado di meglio tutelarli.

Ricordo alcune recenti vicende giurisprudenziali.

La Corte di giustizia, con la sentenza Mangold del 22 novembre 2005 (C-144/04), ha aperto le porte alla non applicazione della norma interna per contrasto con un principio generale del diritto comunitario, indipendentemente dal requisito dell'efficacia diretta della norma europea.

La Corte EDU (17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) ha innovato la sua giurisprudenza sull'art. 7 della Convenzione, ritenendo compreso in tale norma il tema della retroattività della legge penale più favorevole. Quel che più interessa, ha motivato la decisione con riferimenti a fonti diverse dalla CEDU: l'art. 49 della Carta dei diritti UE, la giurisprudenza della Corte di giustizia, una sentenza della Corte di cassazione francese. La decisione è stata presa dalla Grande camera a maggioranza, e una *dissenting opinion* è particolarmente severa nel segnalarne il carattere "creativo".

La Corte costituzionale italiana (n. 348 e n. 349/2007) ha reinterpretato il comma 1 dell'art. 117 Cost. introducendo nel sistema delle fonti la nuova categoria della "norma interposta", di origine sovranazionale, e ne ha dedotto, in sede di prima applicazione, l'esigenza di rivedere la propria precedente giurisprudenza in materia di garanzia della proprietà privata.

In due decisioni recenti (in tema di legittimità del Trattato di Lisbona, e di poteri di controllo su atti *ultra vires* delle istituzioni europee), il Tribunale costituzionale tedesco ha approfondito i rapporti tra diritto europeo e norme costituzionali².

In Francia la dialettica tra Consiglio costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte di giustizia UE in tema di controllo di legittimità delle norme interne ha sfiorato lo scontro intergiudiziario e fra il sistema

di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, nell'ambito di un progetto di ricerca finanziato dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia.

² Vedile in *Foro it.*, 2010, IV, 164, IV, c. 527.

giudiziario e il Parlamento³.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, d'altra parte, non sembra avere affatto semplificato e tanto meno risolto il problema. Le sue complesse previsioni non aiutano infatti a comprendere quali siano e quali contenuti abbiano i diritti fondamentali da proteggere, e a chi competa farlo.

Ricordo sommariamente alcune questioni segnalate dalla dottrina negli ultimi anni. Per arrivare alla conclusione di Corte cost. n. 317/2009, e di altre recenti decisioni garantiste dei nostri giudici costituzionali (ad es., sent. n. 113/2011), era davvero necessario ricorrere alla norma interposta dalla CEDU, o non sarebbe stato sufficiente applicare le nostre norme costituzionali (nel caso citato, gli artt. 24 e 111)?⁴

Non è chiaro se il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali, come interpretato dalla Corte costituzionale sulla base dell'art. 117, valga per tutti gli accordi internazionali, e se no per quali (la CEDU, tra l'altro, non è l'unico accordo internazionale che si occupa di diritti umani)⁵.

Ci si domanda se c'è differenza tra diritti fondamentali scritti e diritti fondamentali deducibili dai principi dell'ordinamento comunitario. Secondo l'art. 52 della Carta dei diritti parrebbe di sì, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia parrebbe di no.

Ci si interroga sul rapporto tra il principio della certezza del diritto, come è strutturato negli ordinamenti giuridici continentali e in particolare nel nostro, e l'attribuzione di valore vincolante *erga omnes* (in alcuni casi, anche se si è già formato il giudicato: cfr. Corte cost. n. 113/2011) alle sentenze delle Corti europee (trattandosi di "sentenze dichiarative", che hanno "la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate": Corte cost. n. 39/1989). Se si aggiunge la richiesta della Corte di giustizia, in larga misura accolta dai giudici nazionali (adesso anche la Corte costituzionale

³ La vicenda è esaminata da A. ROVAGNATI, *Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea?*, in *AIC*, n. 1, 2010.

⁴ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi*, *ivi*, n. 1, 2011.

⁵ Per quanto riguarda il diritto europeo, la Carta Sociale europea del 1961 e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989; inoltre vanno ricordate almeno la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'ONU (1948), e, sempre dell'ONU, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Questi testi non dispongono di un proprio apparato giurisdizionale per garantirne l'attuazione; ma non è questa una ragione per la quale i giudici italiani (a cominciare dalla Corte costituzionale) non debbano dare loro la stessa rilevanza accordati ad altri testi del diritto europeo o internazionale, in base agli artt. 11 e 117 Cost. Se lo facessero (quando lo faranno) potrebbero giungere a conclusioni diverse da quelle che stanno adottando oggi, quando si limitano a recepire nel diritto interno i dispositivi delle sentenze delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

italiana ritiene di farvi ricorso, ancorché per ora solo in tema di conflitto di attribuzioni: Corte cost. n. 102/2008), di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, ne emerge progressivamente, secondo alcuni, da un lato un sistema più simile a quelli di *common law* che agli ordinamenti continentali, dall'altro, la definitiva subordinazione gerarchica della Corte costituzionale alla Corte di giustizia.

L'adesione della UE alla CEDU rischia di complicare le cose, anche (e non solo) per quanto riguarda i rapporti tra le due Corti (chi decide se una norma UE viola le CEDU?), e si auspica che il previsto atto di adesione chiarisca questo e altri aspetti.

In proposito la Consulta ha di recente (Corte cost. n. 80/2011) esaminato il nuovo testo dell'art. 6 TUE, deducendone che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione deriva ora da tre fonti distinte: la Carta dei diritti, la CEDU, i "principi generali", che comprendono quelli sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. E da ciò ha tratto la conclusione (non molto rassicurante, considerando i contenuti della giurisprudenza UE in materia, sui quali tornerò) che tale "complesso e articolato" nuovo sistema di protezione garantisce "un certo grado di elasticità del sistema", consentendo alla Corte di giustizia di "individuare nuovi diritti fondamentali".

Ancora: non sono ben chiare le conseguenze giurisdizionali delle nuove competenze previste dai Trattati in tema di cooperazione giudiziaria e di politica estera e di sicurezza europea.

Ci si domanda, infine, alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria, a partire dal caso Laval⁶, che cosa resti del principio, peraltro confermato dall'art. 6 TUE, per il quale il riconoscimento dei diritti fondamentali è comunque limitato alle materie di competenza UE.

Ma lasciamo il tema delle fonti alle sue complicazioni, e consideriamone gli effetti: quali siano i diritti fondamentali, quale il contenuto e il limite della tutela, quali i reciproci rapporti.

2. I principi della "massima espansione della tutela" e della "garanzia del livello di protezione" e il problema del "bilanciamento"

Dopo questa rassegna problematica, ci si potrebbe consolare alla luce della considerazione che gli orientamenti normativi e giurisprudenziali sem-

⁶ V. oltre, § 5.

brano convergere nel principio della massima espansione dei diritti: come dice Corte cost. n. 317/2009, “con riferimento a un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa”.

Nella stessa direzione del resto l’art. 53 della Carta dei diritti stabilisce che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa del “livello di protezione” dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto europeo e internazionale “e dalle Costituzioni degli Stati membri”.

Ma il nostro problema comincia appunto qui.

Al fondo di molte teorizzazioni della tutela multilivello dei diritti vi è l’idea che per tale via possa perseguirsi, attraverso una sorta di competizione virtuosa tra le corti, un’espansione potenzialmente senza limiti della tutela dei diritti fondamentali. È un’espansione senza rischi, dato che si afferma la garanzia del livello di protezione preesistente.

Questo modo di ragionare ricorda quello che sorreggeva, alle origini del giusnaturalismo, l’idea della estensione tendenzialmente illimitata del diritto di proprietà. Per Samuel Pufendorf, ad esempio, la proprietà fondiaria si estende illimitatamente, salvi i limiti posti, quanto allo spazio sovrastante, dall’analogo diritto di un’abitante della luna, e, quanto al sottosuolo, da quello spettante al proprietario del fondo situato agli antipodi⁷.

Ma, come sappiamo, la teoria giuridica individualista della proprietà dovette fare i conti, quando fu tradotta in proposizioni normative, con interessi e diritti, anche di altri proprietari, incompatibili con una concezione monadica. I diritti infatti non sono monadi, e non ci sono solo i seleniti e gli abitanti degli antipodi a porre un problema di limiti e di bilanciamenti.

Del resto, la Corte costituzionale, nella decisione da ultimo citata, introduce, anche se non lo risolve, il problema del bilanciamento tra il diritto di cui si assume la protezione e altri interessi meritevoli di tutela.

La stessa Corte di giustizia, nella decisione Schmidberger del 12 giugno 2003 (C-112/00), pose il tema della distinzione tra diritti suscettibili di bilanciamento e diritti per così dire assoluti (come quello alla vita o il divieto della tortura). “Neppure i diritti alla libertà di espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU ... appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione

⁷ S. PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* (1672), Oxford-London, 1931, I, pp. 59 ss.

sociale”. E la sentenza prosegue indicando il criterio di legittimità delle restrizioni all’esercizio di tali diritti, individuato in primo luogo nell’effettiva rispondenza a obiettivi di interesse generale, e in secondo luogo nell’esigenza di evitare che l’intervento sia tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati.

3. Quale bilanciamento tra libertà economiche e diritti personali e sociali?

Il problema del bilanciamento tra diritti patrimoniali e diritti personali e sociali è duplice. In primo luogo, se per i diritti a contenuto economico il principio della massima espansione della tutela abbia lo stesso significato che per i diritti di libertà. Per i primi, non ci si può limitare a tale generica formulazione, e ciò per una ragione strutturale. Infatti, nelle libertà economiche il problema del limite alla tutela non riguarda – come nelle libertà personali – l’interesse generale inteso come interesse pubblico, ma il potenziale conflitto con altri diritti, anch’essi configurabili come diritti fondamentali.

Né può soccorrere al riguardo la garanzia del livello di protezione preesistente, perché la domanda subito si pone: livello di protezione per chi? Consideriamo ad esempio la sentenza *Laval*, sulla quale torneremo nel § 5, e nella quale la Corte di giustizia ha affermato la prevalenza della libertà di prestazione di servizi su diritti sociali costituzionalmente garantiti. Qui, come è evidente, il preesistente livello di protezione dei diritti sociali non solo non è affatto tutelato, ma è fortemente ridotto dalla preminenza accordata alla libertà economica.

Emerge insomma la differenza strutturale tra libertà economica e libertà personale: per la seconda il problema è quello del rapporto tra libertà e potere pubblico, per la prima tra libertà e altri diritti individuali o collettivi. Per la libertà personale, la massima espansione della tutela comporta la limitazione del potere pubblico di comprimerla; per la libertà economica, determina la riduzione della tutela di altri diritti.

Ne deriva il secondo aspetto del problema: dobbiamo domandarci se la soluzione data al bilanciamento tra libertà economiche da una parte, diritti personali e utilità sociale dall’altro, sia la stessa nei testi europei (e nelle giurisprudenze che li applicano) e invece nei testi costituzionali nazionali (in particolare ma non solo quello italiano), anche qui come interpretati dalle rispettive corti supreme.

Il quesito non è irragionevole, ove si consideri che molti testi costituzionali europei sono espressione di una fase storica (la *golden age*, per usare fra le tante la definizione di Hobsbawm)⁸ caratterizzata da principi molto diversi da quelli del liberismo giuridico (le quattro libertà dei Trattati non sono proprio la stessa cosa delle quattro libertà di cui parlava F.D. Roosevelt) prevalente invece nella fase storica nella quale sono state redatte le normative europee.

È dubbio che possa considerarsi risolutiva l'idea di una sorta di *Grundnorm* costituita dalla clausola generale della dignità umana, pure essendo certamente meritori gli approfondimenti e le valorizzazioni di questo principio. Si tratta infatti di intendere come il principio generale della dignità si declini in concreto nelle ipotesi di conflitto tra libertà economiche e diritti personali e collettivi⁹.

Prima di tornare su tali questioni, mi sembra utile verificare le considerazioni fin qui svolte alla luce di recenti vicende giurisprudenziali a mio avviso emblematiche: la concezione della proprietà nel rapporto tra art. 42 Cost. e art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU; l'interpretazione data dalla Corte di giustizia del bilanciamento tra le libertà economiche, considerate diritti fondamentali, e le norme costituzionali di tutela dei diritti sociali.

4. La garanzia della proprietà privata: Costituzione italiana e CEDU

Dal principio della funzione sociale della proprietà privata¹⁰, contenuto nell'art. 42 Cost., la nostra giurisprudenza costituzionale aveva dedotto che l'indennità di espropriazione non deve necessariamente corrispondere al valore di mercato del bene espropriato (o alle conseguenze economiche negative dell'intervento, nel caso di limitazioni sostanzialmente espropriative).

È interessante rileggere le motivazioni con le quali il principio è posto in una delle prime sentenze (n. 61/1957) della Consulta, con le quali fu

⁸ E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve*, trad. ital., Milano, 1995, pp. 267 ss.

⁹ Sul punto tornerò nel § 8.

¹⁰ Sul tema trattato in questo paragrafo mi sono soffermato più ampiamente in C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 409 ss.

affermata la legittimità dei criteri previsti dalla legge per Napoli del 1885. Il termine “indennizzo”, di cui al comma 3 dell’art. 42, non va interpretato letteralmente (“rendere indenne”), disse la Corte, ma secondo un criterio storico-sistematico, come strumento di mediazione tra esigenze pubbliche e private. Del resto, aggiunse la Consulta, l’adozione di un criterio inferiore al valore venale precede, nell’ordinamento italiano, l’entrata in vigore della Costituzione: e non si può ritenere che la Costituzione del 1948, ispirata a “finalità di progresso sociale”, possa essere interpretata come un ritorno al 1865.

È da notare che il principio della “mediazione tra esigenze pubbliche e private”, affermato da questa sentenza, è omologo a quanto espressamente disposto dall’art. 14, comma 3, della Costituzione tedesca: “l’indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto contemperamento tra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti”. Norma memore delle controversie weimariane, quando le giurisdizioni superiori affermavano lo stesso principio dell’attuale giurisprudenza CEDU.

Nei cinquant’anni successivi, la Corte costituzionale ha costantemente ribadito questa impostazione: “la regola generale di integralità della riparazione non ha rilevanza costituzionale” (n. 148/1999), anche se l’indennità deve rappresentare un “serio ristoro” (n. 5/1980, n. 223/1983).

Il tema ha una grande rilevanza ai fini della configurazione non solo della garanzia, ma della stessa nozione costituzionale della proprietà privata, e della sua collocazione sistematica.

Con la sent. n. 348/2007 (che ha introdotto nel nostro ordinamento la figura delle “norme interposte”) la Consulta ha dichiarato illegittima la medesima norma sull’indennità di esproprio delle aree edificabili, che in precedenza (sent. n. 283/1993) aveva ritenuto invece conforme alla Costituzione.

Con la successiva sent. n. 181/2011, analoga sorte ha subito la normativa concernente le aree non edificabili, che anch’essa era stata in precedenza dichiarata invece legittima (sent. n. 261/1997).

Queste decisioni sollevano due questioni. La prima riguarda la nozione stessa di “norma interposta”. Le decisioni ora citate della Consulta muovono delle ripetute condanne inflitte all’Italia dalla Corte EDU (in particolare Grande Chambre, 29 marzo 2006, Scordino), per la quale il principio generale è che l’indennità deve corrispondere al valore venale del bene espropriato.

L’applicazione che la Consulta ritiene di dare al nuovo testo dell’art.

117 Cost. è – secondo la esposizione che essa formula della teoria delle “norme interposte” – nel senso che siano illegittime le norme ordinarie che contrastino con l’interpretazione che la Corte di Strasburgo dà delle norme CEDU, purché però questa a sua volta non contrasti con le norme costituzionali.

L’“interposizione” diviene però preminenza, se la Consulta ritiene di dover modificare la propria precedente interpretazione delle norme costituzionali, per conformarsi a quella CEDU.

La questione della misura dell’indennità di esproprio concerne peraltro – come accennavo – la sostanza stessa della garanzia costituzionale della proprietà privata. Se si ritiene che sia garantito l’assetto patrimoniale proprietario dato, infatti, il principio della funzione sociale evapora, e si apre la via dal dubbio sulla legittimità di ogni intervento legislativo con effetti redistributivi.

La Corte costituzionale, nella sent. n. 348/2007, provò a tener fermo il punto di principio: “il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l’indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablati”. Si aggiungeva che la funzione sociale di cui all’art. 42 deve essere posta “in stretta relazione all’art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l’adempimento degli impegni inderogabili di solidarietà economica e sociale”. Seguiva una considerazione molto rilevante ai nostri fini: “livelli troppo elevati di spesa per espropriazione di aree edificabili ... potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)”. Emerge, in questi rilievi, il potenziale conflitto tra espansione della tutela proprietaria, e correlata riduzione dei diritti sociali.

La gemella sent. n. 349 dice che è compito della Corte costituzionale verificare se le norme CEDU “garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana”. Ho già osservato, però, che la formula della tutela “almeno equivalente” dei diritti non sembra funzionare per la proprietà (e per gli altri diritti economici) proprio per le ragioni indicate dalla sent. n. 348. “Almeno equivalente” per gli interessi proprietari, o per gli interessi sussumibili nella funzione sociale, potenzialmente configgenti con i primi, e che nella nostra Costituzione sono riconducibili a diritti fondamentali?

La questione non è nemmeno affrontata dalla successiva sent. n. 181/2011, in materia di aree non edificabili. La Consulta non fa alcun riferimento al principio della funzione sociale, e rinuncia a ogni argomento

per motivare il proprio mutamento giurisprudenziale sulla costituzionalità delle norme contestate: resta solo il richiamo all'art. 117.

In tal modo la Corte costituzionale non affronta il vero problema: per la CEDU il principio generale è il diritto del proprietario alla riparazione integrale; per il nostro ordinamento, finora, il principio generale è la funzione sociale, che impone, anche nel determinare la misura dell'indennità, il contemperamento con altri interessi e diritti.

5. Libertà economiche e diritti sociali: giurisprudenza della Corte di giustizia, principi costituzionali italiani e Carta dei diritti

Un ampio dibattito si è svolto sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia concernente i rapporti tra libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, da un lato, e diritti sociali, dall'altro¹¹.

Non è quindi necessario né utile un nuovo approfondimento.

Ai nostri fini interessa piuttosto sottolineare due aspetti. Il primo concerne il rapporto tra il diritto (fondamentale, secondo la Corte di giustizia) alla libertà economica previsto dai Trattati e i diritti sociali costituzionalmente protetti dagli Stati. In secondo luogo, la nozione di libertà economica adottata dalla Corte.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va ricordato che nel caso Laval il governo svedese si era costituito in giudizio sostenendo che il diritto di intraprendere azioni collettive costituisce un diritto fondamentale, tutelato dalla Costituzione svedese, e che d'altra parte la sua disciplina esula dall'ambito applicativo dei trattati, come espressamente previsto dall'art. 137 (oggi art. 153 TFUE), per il quale le disposizioni del Trattato in materia di protezione dei lavoratori "non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero". La Corte di giustizia nega il difetto di competenza europea, e anzi afferma che il "diritto di intraprendere un'azione collettiva deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto". La sentenza aggiunge tuttavia che, alla luce dell'art. 28 della Carta dei diritti, il diritto di azioni collettive "è tutelato conforme-

¹¹ Sentenze Laval del 18 dicembre 2007 (C-341/05), Viking dell'11 dicembre 2007 (C-438/05), Ruffert del 3 aprile 2008 (C-346/06), Commissione co. Lussemburgo del 19 giugno 2008 (C-319/06).

mente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”.

La Corte di giustizia afferma poi¹² che l’esercizio dei diritti fondamentali deve essere “conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato”.

Ma quale il contenuto del “bilanciamento” tra i due diritti (libertà di prestazione dei servizi e azione collettiva), ritenuti entrambi fondamentali? La Corte risponde affermando che gli obiettivi di politica sociale dell’Unione, e in particolare quello del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, possono limitare la libertà di prestazione di servizi solo sotto il profilo del rispetto di “un nucleo di norme imperative di protezione minima nello stato membro ospitante”, che sono quelle desumibili dalla direttiva 71/1996 sul distacco dei lavoratori.

Il punto che interessa qui sottolineare è che nell’operare il “bilanciamento” dei diritti, la Corte di giustizia afferma nel caso *Laval* la prevalenza della libertà economica sul diritto sociale all’azione collettiva, con la sola eccezione del rispetto, da parte del datore di lavoro, del nucleo di norme imperative di protezione minima previste dalla citata direttiva. In sostanza, è vietato promuovere azioni sindacali, ancorché garantite dalla Costituzione nazionale, che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, pur definite “minime”, previste dalla direttiva.

Il quesito che si pone in proposito è simile a quello che abbiamo visto in materia proprietaria: il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia molto difficilmente avrebbe avuto lo stesso esito, se condotto alla luce della nostra Costituzione, a partire dal comma 2 dell’art. 41.

Questa osservazione mi sembra avvalorata da un secondo profilo, che concerne il contenuto stesso della nozione di libertà economica. La libertà garantita dalla Corte di giustizia, a ben vedere, non concerne l’esigenza di una pari libertà economica tra imprese all’interno dei singoli Stati (secondo quanto richiederebbe la tutela della concorrenza), ma un altro aspetto.

Consideriamo il caso *Rüffert*. La Corte di giustizia dice esplicitamente che una normativa (come quella, oggetto della controversia, del Land della Bassa Sassonia) che preveda l’applicazione ai lavoratori distaccati della stessa disciplina prevista per i lavoratori nazionali “finirebbe per privare di effetto utile la direttiva” 71/1996. Ciò che va garantito è la possibilità di distaccare lavoratori sul territorio di un altro Stato, proprio al fine di consentire all’impresa vantaggi competitivi. La tutela della concorrenza diviene così non garanzia della parità di trattamento tra imprese nazionali

¹² Indicando come precedenti le sentenze *Schmidberger* (12 giugno 2003, C-112/00) e *Omega* (14 ottobre 2004, C-36/02).

e imprese di altri stati, ma garanzia della libertà dell'impresa di scegliere l'ordinamento che consenta le condizioni migliori per essa (e peggiori per i dipendenti): concorrenza tra ordinamenti, non tra imprese.

Che la libera prestazione dei servizi rientri nel novero delle libertà economiche garantite dal Trattato non è in discussione. È lecito però dubitare che l'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia sia conforme ai principi della Costituzione italiana, a cominciare dall'art. 3.

In base a tali principi, infatti, non solo non dovrebbe essere considerata violata la libertà economica se uno Stato ritenga di applicare le norme interne a tutti i lavoratori operanti sul proprio territorio, quale che ne sia la nazionalità, e quale che sia lo Stato nel quale ha sede sociale l'impresa che li utilizza; ma anzi dovrebbe giungersi alla conclusione opposta, del contrasto cioè con le norme costituzionali di una disciplina che preveda tutele differenziate per i lavoratori, in base alle loro nazionalità.

Particolare rilievo assume la decisione con la quale la Corte di giustizia (15 luglio 2010, C-271/08) ha ribadito il suo orientamento, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, argomentando questa volta anche sulla base della Carta dei diritti. Se l'art. 28 della Carta richiede che la tutela del "diritto fondamentale di negoziazione collettiva", prevista da tale norma, "deve tener conto pienamente" del diritto comunitario e della legislazione e delle prassi nazionali, se ne deduce che quel "diritto fondamentale" va "contemperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà" economiche; segue esplicita conferma dei precedenti *Laval* e *Viking*.

Conviene quindi esaminare quello che la Carta dei diritti dice, rispetto alla problematica che stiamo esaminando.

6. Costituzione italiana e Carta dei diritti a confronto

Ho usato in precedenza l'espressione Costituzione europea. In effetti da tempo la Corte di giustizia afferma che "la Cee è una comunità di diritto, nel senso che né gli stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato" (23 aprile 1986, C-294/83). Ma dove rinvenire le norme di questa Carta costituzionale europea?

Siamo infatti abituati, almeno nell'Europa continentale, a considerare la Costituzione un testo scritto, che esplicitamente disciplina diritti e doveri.

Siamo inoltre abituati a considerare le costituzioni nazionali come “rigide” e quindi suscettibili di modifiche solo attraverso particolari procedure e anche in questo caso non senza limiti (come ha avuto modo di dire in qualche *obiter dictum* la Corte costituzionale italiana, e come espressamente prevede l’art. 79 della Costituzione tedesca).

È noto che la Costituzione europea non è invece strutturata in un testo scritto, e che nemmeno è ancora risolto il problema del rapporto tra il carattere rigido delle costituzioni nazionali e il principio di prevalenza del diritto dell’Unione.

Nel primo paragrafo ho ricordato alcuni fatti istituzionali recenti che confermano la persistente dialettica e incertezza su entrambi i nodi segnalati: quali siano e quale contenuto abbiano i diritti fondamentali garantiti dall’Unione, e quale sia il rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali.

Il nuovo testo dei Trattati non aiuta a risolvere nessuno dei due problemi.

Per quanto concerne il primo, l’art. 6 TUE riconosce il valore giuridico della Carta dei diritti. Subito dopo però afferma che le disposizioni della Carta “non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione”. Il comma 2 prevede l’adesione alla CEDU (che è anch’essa un testo scritto). Al comma 3 si aggiunge che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione ma “in quanto principi generali”.

Per quanto riguarda poi la Carta sociale europea e la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹³, sono richiamate nel Preambolo; “i diritti sociali fondamentali” da esse definiti sono poi “tenuti presenti” dall’art. 151 TFUE che indica gli obiettivi della politica sociale dell’Unione: formula, quella del “tenuti presenti” che, si converrà, non è particolarmente perspicua.

Tuttavia, per procedere a un confronto tra testi scritti, conviene assumere come punto di riferimento la Carta dei diritti, e non addentrarsi troppo nei meandri dei criteri interpretativi e delle “spiegazioni”.

La prima differenza che colpisce chi legga parallelamente la Carta dei diritti e la Prima parte della Costituzione è l’organizzazione della materia.

La Carta aggrega le situazioni protette intorno a sei poli – corrispondenti ai primi sei titoli – che evocano i “valori fondanti” dell’Unione in modo sommario e privo di ogni coordinamento sistematico.

¹³ V. sopra, nota 5.

L'enunciazione dei diritti poco aggiunge ai valori di riferimento, affidando all'interprete la più ampia discrezionalità applicativa. Manca infatti ogni criterio normativo per il bilanciamento, sia statico (come nel nostro art. 2, seconda parte) sia dinamico (come nel nostro comma 2 dell'art. 3).

L'assenza di vincoli in ordine alle forme e alle ragioni di limitazione dei singoli diritti proclamati, a sua volta, affida in concreto il bilanciamento e la soluzione dei conflitti alle scelte dei giudici. Né può supplire a tale carenza l'art. 52, che, nel definire la "portata" dei diritti garantiti, indica criteri comuni a tutti i "diritti e le libertà" (la riserva di legge, l'esigenza di rispettarne il contenuto essenziale, il principio di proporzionalità e l'effettiva finalità di interesse generale in caso di limitazioni). "Stendendosi" in modo indifferenziato su tutte le disposizioni, la norma non affronta il problema del criterio di prevalenza nell'ipotesi di conflitto tra i diritti medesimi (come invece, ad esempio, nel comma 2 dell'art. 41 della nostra Costituzione), collocandoli invece tutti sullo stesso piano. Analoghe considerazioni valgono, per le ragioni che ho già ricordato nel § 3, per quanto concerne la garanzia del livello di protezione di cui all'art. 53.

Per venire più da vicino al nostro tema, la libertà di impresa e il diritto di proprietà sono ricompresi nel Titolo dedicato alla Libertà (come, per quanto riguarda la proprietà, era nello Statuto albertino e in genere nelle Carte ottocentesche); laddove, come è noto, la nostra Costituzione (come le altre costituzioni europee del trentennio successivo alla seconda guerra mondiale) ha operato la de-fondamentalizzazione dei diritti economico-patrimoniali.

Nella norma sulla libertà d'impresa, scompaiono i limiti di ordine generale, previsti invece dal comma 2 dell'art. 41, e da altre costituzioni nazionali.

Per quanto riguarda la proprietà, non c'è traccia della funzione sociale; l'incipit dell'art. 17 ("Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità") è più simile ai testi ottocenteschi o alle tesi del neoliberismo giuridico e filosofico che alle formule sociali delle Costituzioni nazionali, ed è anche più arretrato (o più avanzato: dipende naturalmente dai punti di vista) dell'art. 832 c.c. Per l'espropriazione, si richiede una "giusta" indennità (l'aggettivo è assente nel comma 3 dell'art. 42). Il diritto di lasciare i propri beni in eredità fa parte del contenuto della tutela: garanzia non contemplata nel comma 4 dell'art. 42, che si ispira invece alla logica

“novecentesca” della funzione redistributiva del diritto successorio.

Non mi soffermo, in questa rassegna, sui diritti sociali. Mi limito a segnalare l'assenza di una norma analoga al comma 1 dell'art. 36 in materia di retribuzione del lavoratore.

L'esito del raffronto ora svolto tra Carta dei diritti e Costituzione italiana non sarebbe molto diverso con riferimento ad altre Costituzioni nazionali della “golden age”: dal preambolo del 1946 della Costituzione francese (che, come si sa, fa parte integrante del diritto costituzionale positivo); alle disposizioni della Costituzione tedesca sulla proprietà che obbliga e il cui uso deve al tempo stesso servire al bene comune; alla Costituzione spagnola, per la quale “la funzione sociale limita il contenuto” del diritto alla proprietà privata e alla eredità (che non è ricompreso nella sezione dedicata ai diritti fondamentali e alle libertà, ma in quella concernente i diritti e i doveri dei cittadini), e la garanzia della libertà imprenditoriale deve avvenire “in accordo con le esigenze dell'economia generale e della pianificazione”. E l'esemplificazione potrebbe continuare: per esempio, secondo la Costituzione greca i diritti che derivano dalla proprietà “non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale” (art. 17).

In definitiva dalla lettura della Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l'impianto liberista del sistema europeo e quello “sociale” delle tradizioni costituzionali nazionali; giustamente è stato notato che in questa materia “l'appello alle tradizioni costituzionali comuni è strumentale a conferire legittimazione” alle soluzioni europee¹⁴.

In conclusione: è difficile rinvenire nella Carta tutele dei diritti fondamentali (anche in materia di libertà personali) più avanzate rispetto a quelle previste dalla Costituzione italiana; mentre è facile trovarvi una riduzione nella protezione di alcuni di essi, in particolare dei diritti sociali, oltre che l'eliminazione radicale del problema stesso del potenziale conflitto tra libertà economica da una parte, utilità sociale e diritti non patrimoniali dall'altra. E dal momento che invece il conflitto esiste, la sua soluzione è priva di ogni parametro di riferimento ed è quindi lasciata alla discrezionalità dei giudici chiamati ad applicare il diritto europeo.

¹⁴ Così A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pp. 319 s.

7. I “contro limiti” costituzionali e il “margine di apprezzamento nazionale”.
Il principio sociale come “contro limite”

Quali sono gli strumenti giuridici per risolvere le divergenze tra testi costituzionali nazionali e diritto europeo?

Com'è noto, il problema del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni è stato affrontato dagli Stati dell'Unione in modo differenziato. Una recente ricerca¹⁵ ha individuato sei modelli costituzionali diversi; l'autore osserva tuttavia che tutti questi modelli hanno due elementi in comune: da un lato, si è trovato il modo di riconoscere il primato del diritto comunitario; dall'altro, si è affermata l'esistenza di “contro limiti” a tale primato.

Nell'ordinamento italiano la soluzione è stata pretoria. Nessuna modifica è stata introdotta alla Costituzione; la Corte costituzionale, d'altra parte, ha affermato il primato del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali, facendo salva tuttavia l'esistenza di “controlimiti” (operanti anche rispetto alla revisione costituzionale di cui all'art. 138), consistenti nei principi supremi dell'ordinamento e nei diritti inalienabili della persona. In che cosa più precisamente consistano questi “controlimiti”, non è però ancora dato sapere.

In altri Stati si è proceduto a un adeguamento della Costituzione. In Francia il Titolo VI disciplina ora in maniera organica la materia dei trattati e accordi internazionali, mentre il Titolo XV regola in sette articoli il rapporto tra la Francia e l'Unione europea con esplicito riferimento al Trattato di Lisbona, ai poteri del parlamento, alle ipotesi di ricorso al referendum.

Nel Regno Unito, è entrato in vigore il 19 luglio 2011 l'European Union Bill, che prevede tra l'altro il referendum popolare per l'approvazione di qualunque modifica dei Trattati che comporti ulteriore trasferimento di poteri alle istituzioni europee, e obblighi di preventiva autorizzazione parlamentare per l'attivazione dei meccanismi che consentono ai governi di “andare oltre” rispetto alle previsioni dei Trattati (c.d. passarelle).

Di particolare interesse per il nostro ordinamento è l'esperienza tedesca. Da un lato, infatti, in quel paese la Costituzione ha subito diversi emendamenti volti a organizzare il rapporto tra diritto nazionale e diritto

¹⁵ G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, pp. 701 ss.

dell'Unione, su sollecitazione del Tribunale costituzionale¹⁶, che tiene fermo il principio per il quale la sovranità appartiene allo stato nazionale, e non è stata trasferita all'Unione. Dall'altro, la Costituzione tedesca prevede espressamente i principi immodificabili, e ha adeguato a tale regola fondativa la disciplina dei rapporti con l'Unione.

In particolare, la Costituzione tedesca afferma nell'art. 20, intitolato "*I fondamenti dell'ordinamento statale*", che la Repubblica federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale; e nell'art. 79 (corrispondente al nostro art. 138) è stabilito al comma 3 che non è consentita nessuna modifica della legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione, nonché (quel che qui interessa) i principi enunciati dall'art. 1 (la protezione della dignità umana e degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo) e dal citato art. 20 (che comprende il principio dello Stato sociale). La norma introdotta con riferimento all'Unione europea, l'art. 23, stabilisce che alle leggi che trasferiscono sovranità all'Unione e alle modifiche dello stesso testo costituzionale si applicano i limiti (i controlimiti, diremmo noi) previsti dall'art. 79. Sono inoltre puntualmente previsti i poteri del parlamento, che vincolano il governo federale nelle sue decisioni incidenti sugli atti normativi dell'Unione.

D'altra parte, come si è ricordato, i principi della costituzione economico-sociale tedesca sono molto simili a quelli italiani.

Ci si può allora domandare se vi sia tra i "controlimiti" di cui parla la nostra Corte costituzionale il principio che la Costituzione tedesca definisce dello Stato sociale e che per il Tribunale costituzionale di quel paese (da ultimo nella decisione Mangold del 6 luglio 2010) costituisce un "settore inalienabile dell'identità costituzionale".

Dalla nostra Costituzione può trarsi in effetti un "principio sociale", inquadrabile nei principi fondamentali o supremi di cui parla la Corte costituzionale a proposito dei limiti alla supremazia del diritto dell'Unione su quello nazionale. Rimane insomma a mio avviso valida la lezione di Costantino Mortati¹⁷.

Il "principio sociale" come principio supremo può desumersi, anzitutto, dalla funzione sociale della proprietà privata, dai limiti che l'art. 41 appone allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, dal riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali. In secondo luogo, dai principi

¹⁶ V. sopra, nota 2.

¹⁷ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pp. 149 ss.

dei doveri di solidarietà (seconda parte dell'art. 2) e della c.d. eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2). Che concretamente possa porsi un conflitto tra questi principi e il diritto europeo si è visto, credo, nelle vicende giurisprudenziali recenti, alle quali ho fatto prima riferimento.

A me pare, in definitiva, che abbia senso affrontare e approfondire il tema del “controlimita sociale” rispetto alla preminenza del diritto europeo sul nostro diritto costituzionale.

A questo tema si lega quello del rapporto tra competenze dell'Unione e competenze nazionali. Come è noto, tanto la proprietà privata quanto i principali diritti sociali sono, secondo i Trattati (cfr. rispettivamente artt. 345 e 153 TFUE), estranei alla competenza dell'Unione e affidati alla legislazione nazionale. Tuttavia, prima la giurisprudenza della Corte di giustizia e poi il valore giuridico attribuito alla Carta dei diritti sembrano dire altrimenti; ancorché gli artt. 51 e 52, comma 5, della Carta prevedano poi che l'applicazione dei diritti e dei principi previsti dalla Carta medesima deve avvenire “nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati”; mentre il Regno Unito e la Polonia hanno escluso la rilevanza stessa, nei rispettivi ordinamenti, della Carta dei diritti.

Del resto, la Corte costituzionale (n. 80/2011) ha affermato che la Carta dei diritti rileva “unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”.

Rimane aperto, quindi, il problema degli atti *ultra vires* dell'Unione, che potrebbero verificarsi – avverte il Tribunale costituzionale tedesco nella decisione da ultimo citata – quando “venissero fondati, in via di ulteriore costruzione giudiziale del diritto, non solo diritti ma anche obblighi dei cittadini, che si rivelerebbero non solo come interventi limitativi sui diritti fondamentali, ma anche come spostamenti di competenza a svantaggio degli Stati membri”.

Vista poi sul versante della giurisprudenza europea, ci si può domandare se l'esigenza di uniformità del diritto europeo non possa, anche nella materia qui considerata, tenere in maggior considerazione l'identità costituzionale dei singoli Stati.

Al criterio del “margine di apprezzamento”, riservato agli Stati nazionali, fa talvolta riferimento la Corte EDU (e la stessa Corte di giustizia nel caso Omega)¹⁸; particolare rilievo assume tale criterio nella decisione CEDU sul Crocifisso nelle scuole (*Lautsi e altri c. Italia*, 18 marzo 2011). Sotto questo

¹⁸ V. sopra, nota 12.

profilo, può assumere un significato forse più rilevante, che quello di un mero riparto di competenza, la ricordata previsione dell'art. 6 TUE, per la quale sia le disposizioni della Carta dei diritti sia l'adesione all'Unione della CEDU non modificano le competenze dell'Unione definite dai Trattati.

8. *Dignità umana e identità sociale europea*

Alcune sintetiche considerazioni conclusive. La prima riguarda la clausola della dignità umana, alla quale ho in precedenza accennato. Gli autori che di recente hanno approfondito la materia segnalano l'esigenza di dare a tale nozione un contenuto non eccessivamente vago o generico: essa oggi è “un processo”, non un “risultato definitivo”¹⁹ e richiede una sorta di fondazione “antropologica”²⁰.

La Corte di giustizia nella sentenza Omega²¹ ha fatto ricorso alla nozione di dignità umana per legittimare un provvedimento nazionale che vietava lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi. Ma la questione principale da approfondire, per rendere meno inafferrabile la clausola della dignità, è a mio avviso quella del rapporto fra il principio di dignità e le tutele sociali.

L'art. 3 della nostra Costituzione parla di “pari dignità sociale”; l'art. 41, comma 2, pone “la dignità umana” come limite alla libertà di iniziativa economica; e l'art. 22 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Onu afferma che ogni individuo ha diritto alla realizzazione “dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità e al libero sviluppo della sua personalità”. E già per l'art. 151 della Costituzione di Weimar “l'ordinamento della vita economica deve corrispondere ai principi di giustizia al fine di garantire un'esistenza dignitosa per tutti. Entro tali limiti va salvaguardata la libertà economica del singolo”.

Come si vede, una “antropologia sociale” della dignità umana era presente nei testi novecenteschi.

La nozione europea di dignità, secondo questa prospettiva, andrebbe considerata non solo con riferimento al diritto alla vita e all'integrità della persona e alla proibizione della tortura e della schiavitù (ai quali si

¹⁹ M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010, pp. 229 ss.

²⁰ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'“homo dignus”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 547 ss.

²¹ V. sopra, nota 12.

limita il Titolo I della Carta che alla dignità è appunto dedicato); ma in modo da ricomprendere quegli aspetti sociali che concorrono a rendere “libera e dignitosa” un’esistenza, come dice l’art. 34 Cost. con riferimento alla retribuzione minima dei lavoratori. Del resto, se non si seguisse una strada di questo genere, la nozione di dignità umana assunta dalla Carta resterebbe nei limiti già affermati dal costituzionalismo ottocentesco. Non si vedrebbe, insomma, nessuna significativa novità.

La seconda considerazione riguarda il rapporto tra il principio dello Stato sociale e le attuali politiche dell’Unione europea. Questo rapporto ha una rilevanza concettuale, oltre che normativa²².

Il diritto al lavoro di cui all’art. 4 Cost. rimanda a politiche di piena occupazione (“la Repubblica ... promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”: formula che manca nell’art. 15 della Carta dei diritti). La funzione sociale della proprietà privata rimanda all’intervento legislativo che la attui. La tutela dei diritti sociali, allo Stato sociale (e alla corrispondente spesa pubblica). Ma politiche di questo tipo non fanno parte degli orientamenti attuali dell’Unione, che d’altronde non disporrebbe neppure degli strumenti giuridici per attuarle, non previsti dai Trattati.

Questa constatazione non deve condurre a considerare caducati i principi “sociali” della Costituzione italiana²³. La funzione dei principi costituzionali è anche quella di costruire un freno a tendenze che, se dispiegate liberamente, possono condurre a vanificarli. È questo, del resto, il valore fondamentale della rigidità costituzionale.

L’ultima considerazione riguarda una questione sollevata dal Tribunale costituzionale tedesco²⁴ nell’affermare il principio della permanenza della sovranità nella Repubblica federale: l’assenza cioè di un’adeguata legittimazione democratica della “costituzione europea”. La “tolleranza costituzionale”, cioè l’accettazione da parte dei popoli dell’Europa di una legge non pronunciata nel loro nome, della quale parlava qualche anno fa Weiler²⁵, rischia di arrivare ad un limite, oltre il quale potrebbe tramutarsi

²² Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia juris*, I, Roma-Bari, 2007, pp. 724 ss.

²³ Come afferma, con riferimento al principio della funzione sociale, M. COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Gli statuti proprietari e l’interesse generale tra Costituzione europea e diritto privato*, a cura di L. Bruscutiglia, G. Grisi e O.T. Scozzafava, Napoli, 2007, pp. 3 ss.

²⁴ V. sopra, nota 2.

²⁵ J.H.H. WEILER, *La democrazia europea e il principio della tolleranza costituzionale*, in *Un’anima per l’Europa*, a cura di F. Cerutti e E. Rudolph, I, Pisa, 2002, pp. 57 ss.

nel suo contrario: e i segnali non mancano.

Anche per questo, chi crede nella “scelta europea” ha molte ragioni per porre il tema della necessità di garantire, nella costruzione europea, quei principi (lo Stato sociale, la possibilità dell'intervento pubblico nell'economia, le tutele dei diritti dei lavoratori), che furono proprie di molti Stati nazionali nel trentennio successivo alla seconda guerra mondiale. Sono del resto tali realizzazioni, credo, a definire oggi l'identità europea nel mondo multipolare, e non la enfaticizzazione delle “quattro libertà” dei Trattati.

La garanzia dell'identità europea è oggi contenuta nelle norme costituzionali nazionali, non nei Trattati.

Ribadire il valore giuridico dei principi costituzionali sociali può allora anche concorrere a tenere aperta la prospettiva di una Unione europea, coerente alla “tradizione” dei paesi che la formano, oltre i limitati orizzonti dei Trattati.

Diritti umani, norme interposte e rendita fondiaria
*A proposito di Corte costituzionale 181/2011**

In nome della tutela dei fondamentali diritti umani, la Corte costituzionale prosegue lo smantellamento di quel che rimane della legislazione attuativa della funzione sociale della proprietà fondiaria. Con la sentenza n. 181 del 10 giugno di quest'anno, che dichiara illegittima la normativa vigente in tema di indennità di esproprio per le aree non edificabili (art. 40 t.u. espropriazione), si dà un nuovo colpo alle finanze pubbliche e alla possibilità di realizzare una dignitosa politica del territorio.

Come già è avvenuto con la sentenza 348/2007 in tema di indennità di esproprio per aree edificabili, la Corte costituzionale modifica la propria precedente giurisprudenza¹, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che interpreta l'art. 1 del primo protocollo CEDU nel senso che l'indennità debba corrispondere al valore di mercato del bene espropriato.

Si tratta dell'ormai noto ragionamento sugli effetti che secondo la Consulta avrebbe prodotto la nuova formulazione dell'art. 117 Cost. introdotta nel 2001. Siamo quindi in tema di «norme interposte». Le sentenze della CEDU diventano vere e proprie norme giuridiche, fonti del diritto, interposte appunto fra le norme costituzionali e quelle ordinarie.

Ma è sempre meno chiaro cosa voglia dire «interposizione». Sembrava che la nozione servisse per dichiarare illegittime le norme ordinarie che contrastassero con l'interpretazione che la Corte di Strasburgo dà alle norme CEDU, purché però questa a sua volta non contrastasse con le norme costituzionali. Ma progressivamente l'interposizione sta diventando preminenza. Se infatti le norme costituzionali sono state fin qui interpretate dalla Consulta in un certo modo, ed essa ritiene invece di dovere modificare la propria giurisprudenza precedente per conformarsi a quella CEDU, poco resta della primazia delle norme costituzionali.

Si assiste così a un ulteriore trasferimento di un potere cruciale (l'interpretazione costituzionale) dai nostri giudici a quelli europei.

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 339-341.

¹ La sentenza 261/1997 aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità delle medesime norme in materia di indennità di esproprio delle aree non edificabili, che la sent. 181/2011 dichiara oggi invece illegittime.

2. Vanno segnalate due rilevanti differenze tra la sentenza 181/2011 e la ricordata sentenza 348/2007 (che per prima introdusse la teoria delle norme interposte, applicandola all'indennità di esproprio per le aree edificabili).

In quella occasione, la Corte costituzionale aveva provato a giustificare con due argomenti il paradosso di una norma interposta (come interpretata a Strasburgo) che prevale sulla norma dichiarata superiore (l'art. 42, come interpretato a Roma).

In primo luogo, la Corte motivò il proprio cambiamento di giudizio alla luce della considerazione che la sent. 283/1993 (che aveva ritenuto legittime le stesse norme sull'indennità di esproprio delle aree edificabili che venivano ora annullate) aveva giustificato quella disciplina anche con «la grave congiuntura economica» che il paese stava attraversando.

A parte il fatto che non si vede, o almeno andrebbe un po' spiegato, come le condizioni della finanza pubblica incidano sulla tutela costituzionale dei diritti, c'è da domandarsi, e da domandare ai giudici della Consulta, se sono proprio sicuri che oggi la finanza pubblica sia in condizioni così buone da rendere legittimo ciò che prima non lo era.

In ogni caso, la sentenza 181/2011 rinuncia a ogni argomento per motivare il proprio mutamento giurisprudenziale sulla costituzionalità delle norme contestate, se non con riferimento all'art. 117.

In tal modo, come ho già segnalato, sembra rinunciare alla propria autonomia interpretativa.

È così avallata la concezione della proprietà privata come diritto umano fondamentale, che la dottrina unanime (e la stessa giurisprudenza costituzionale) aveva negato, alla luce del principio costituzionale della funzione sociale².

3. E qui veniamo alla seconda differenza con la sentenza 348/2007. In essa era contenuta una persuasiva interpretazione del principio della funzione sociale, collocato nel sistema dei principi costituzionali (i doveri di solidarietà di cui all'art. 2, la tutela dei diritti sociali). Sulla base di questa premessa la Consulta ribadì che l'indennità di esproprio non deve necessariamente corrispondere al valore venale del bene, purché costituisca un serio ristoro (giurisprudenza del resto costante a partire da Corte costituzionale 61/1957). Nella sentenza 181, invece, la funzione sociale

² Cfr. C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in questa *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 409 ss., dove i riferimenti.

non è nemmeno nominata.

La Consulta per la verità ribadisce il principio che il legislatore non ha il dovere di commisurare interamente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablatto, anche se lo integra con l'affermazione della necessità che il valore del mercato sia «assunto quale termine di riferimento dal legislatore».

In questo modo, però, la Corte costituzionale continua a girare intorno al vero problema, che è quello che la Corte di Strasburgo afferma un'altra tesi: la riparazione integrale è il principio generale da applicare in materia di espropriazione, salvi i casi di riforme strutturali. La pianificazione territoriale (ammesso che sia ancora possibile usare queste parole) è una riforma strutturale oppure no? Secondo la Corte di Strasburgo no, ma è questo oggi il problema giuridico aperto in Italia (anche ai fini dell'interpretazione del nuovo testo dell'art. 37 t.u. espropriazione, che riduce l'indennità «quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale»).

4. Dopo la disinvoltata fuoriuscita dai problemi posti da Strasburgo sull'occupazione acquisitiva (con la sentenza 293/2010 la Corte si è improvvisamente accorta che la normativa del testo unico del 2001 era stata dettata in eccesso di delega), e dopo la riconsegna ai proprietari del terreno sul quale era stato costruito l'eco mostro di Punta Perotti (la cui confisca costituiva per la CEDU grave violazione di un diritto umano fondamentale: forse nemmeno Locke lo avrebbe detto), siamo ora a uno snodo molto rilevante sia in termini di principio che per il futuro del governo del territorio in Italia.

Dal primo punto di vista si tratta di capire se il principio costituzionale della funzione sociale è ancora vigente, o è superato (come sostiene d'altronde una dottrina) dalla normativa europea (nella Carta dei diritti UE e nella CEDU non vi si fa riferimento). Servirebbe una parola chiara della Consulta³.

La seconda questione riguarda il «compromesso» (pur opinabile) raggiunto oltre quarant'anni fa dalla Corte costituzionale sull'interpretazione dell'art. 42. Con le sentenze 6/1966 e 55 e 56/1968, infatti, si introdusse in Italia la categoria delle limitazioni sostanzialmente espropriative, legittime

³ Il tema è stato affrontato nel Convegno «Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani», Perugia, 25-26 marzo 2011. Le relazioni in argomento di M. Jaeger, G. Raimondi e C. Salvi si possono leggere in *Europa diritto privato*, 2011 rispettivamente pp. 349 ss., 417 ss., 437 ss.

purché al proprietario sia corrisposto un indennizzo.

Questo principio, oggi recepito nell'art. 39 del testo unico del 2001, si combinava però con l'altro, al quale ho già fatto riferimento, che riteneva sufficiente un serio ristoro, e non la riparazione integrale, ai fini del calcolo dell'indennità. In ciò consisteva appunto quello che ho chiamato «compromesso»⁴. Se il secondo principio salta, qualunque intervento limitativo della proprietà fondiaria diventerà insostenibile per la finanza pubblica.

⁴ Cfr. C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, pp. 12 ss.

*La proprietà privata e l'Europa.
Diritto di libertà o funzione sociale?*

SOMMARIO: 1. Diritti patrimoniali, diritti umani e garanzie costituzionali: l'esperienza giuridica del secolo scorso – 2. Le recenti tendenze del diritto europeo in tema di garanzie della proprietà e dei diritti patrimoniali: un'inversione di rotta – 3. Il principio della funzione sociale nella Costituzione italiana e la de-fondamentalizzazione del diritto di proprietà – 4. La proprietà privata come diritto umano nella giurisprudenza Cedu. Indennità di espropriazione e occupazione acquisitiva – 5. Cedu e Costituzione – 6. Giurisprudenza comunitaria e Carta di Nizza. Costituzioni economiche italiana ed europea: due modelli alternativi – 7. La funzione sociale dei diritti patrimoniali come «principio supremo» della Costituzione italiana – 8. Costituzione economica e costituzione sociale. Note conclusive.

1. Diritti patrimoniali, diritti umani e garanzie costituzionali: l'esperienza giuridica del secolo scorso

A proposito dell'impatto del diritto comunitario sulla Costituzione, Giuliano Amato scriveva nel 1992 che «nella cultura dei costituenti il mercato era tendenzialmente un disvalore, difeso solo perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica. Più tardi, grazie principalmente all'ingresso dei principi comunitari, il mercato – inteso come competizione e concorrenza – è stato acquisito nella sua valenza positiva di promotore di efficienza economica e organizzativa. La Costituzione scritta è perfettamente in grado di ospitare questa aggiornata visione»¹.

Affermazioni da condividere, con riferimento al tempo in cui furono formulate. Quello che oggi occorre verificare è se possano ancora considerarsene valide le conclusioni. Se cioè il carattere di «valore giuridico» dominante, che il mercato ha successivamente assunto nello sviluppo del diritto europeo, sia compatibile con la costituzione economica italiana; se insomma (capovolgendo il quesito di Amato) il diritto europeo sia oggi in grado di ospitare i principi economico-sociali della Carta fondamentale.

Si parlerà in questo contributo di proprietà privata, con particolare riferimento all'espropriazione immobiliare. Ma il tema – come si vedrà – riguarda il più generale inquadramento costituzionale dei diritti patri-

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, pp. 409-430.

¹ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 8 ss.

moniali e delle libertà economiche. È infatti attraverso l'elaborazione dei principi in materia proprietaria che si sono venuti definendo, nel secolo scorso, principi di ordine generale sull'ordinamento dei valori costituzionalmente protetti.

Basti qui ricordare l'esperienza tedesca, da un lato, e l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema USA, dall'altro. In entrambe, è dato riscontrare tre elementi particolarmente significativi.

Il primo è la controversia circa la riconduzione o meno dei diritti patrimoniali (proprietà, libertà contrattuale, libertà economiche) tra i «diritti umani fondamentali». Come è noto, sia negli USA (con la «svolta giurisprudenziale» del 1937), sia in Germania la risposta è stata, alla fine, negativa.

Il secondo elemento comune alle due vicende consiste in ciò, che l'aver collocato i diritti patrimoniali al di fuori dei fondamentali diritti di libertà non ha portato alla conclusione dell'assenza di una effettiva tutela costituzionale dei primi (come sarebbe stato se si fosse accolta la tesi di chi riteneva che la garanzia dovesse limitarsi, da un lato alla permanenza dell'«istituto» nell'ordinamento, dall'altro alla riserva di legge).

L'effettività della tutela costituzionale è stata rinvenuta, in primo luogo, nell'attribuzione ai giudici supremi del potere di controllare la proporzione tra mezzi e fini dell'intervento pubblico (criteri di bilanciamento, proporzionalità, ragionevolezza, variamente fondati sul principio di legalità, di eguaglianza, di due process of law). In secondo luogo, la garanzia costituzionale è stata, per così dire, spostata dal contenuto giuridico a quello economico del diritto; per stare alla proprietà, dalle prerogative spettanti al titolare al valore patrimoniale dei suoi beni. Questa tendenza fu colta per primo da J.R. Commons quando – descrivendo nel 1924 i «fondamenti giuridici del capitalismo» – analizzava l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema a partire dal caso *Lochner*². Analogo orientamento fu teorizzato e applicato in Europa per prime dalla dottrina e dalla giurisprudenza di Weimar³, con l'elaborazione della teoria dell'«espropriazione di valore», poi recepita dalla giurisprudenza costituzionale italiana negli anni '60 e oggi sancita anche legislativamente (cfr. art. 44 t.u. espropriazione del 2001).

Il terzo elemento offerto dall'analisi storico-comparatistica riguarda la dialettica tra potere legislativo e potere giudiziario, che ha sempre fortemente connotato la definizione dei principi in tema di tutela costituzionale

² J.R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo* (1924), trad. it., Bologna, 1981, pp. 70 ss.

³ Cfr. E. VON BRÜNNECK, *Die Eigentums garantie des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1984, pp. 27 ss.

della proprietà e delle libertà economiche.

È noto il dibattito che accompagnò (e in larga misura determinò) la «svolta» della Corte suprema circa l'applicazione del V e del XIV emendamento ai diritti patrimoniali. Il vero e proprio «appello al popolo» di F.D. Roosevelt, contro la asserita pretesa dei giudici della Corte suprema di sovrapporsi alle determinazioni assunte dagli organi diretta espressione della sovranità popolare, forse non andrebbe citato, per non suggerire argomenti pericolosi alla politica italiana di oggi. I più curiosi potranno leggere o rileggere, ad esempio, la «Fireside Chat» del 9 marzo 1937⁴.

L'effetto fu, com'è noto, l'autocontenimento della Corte suprema nel controllo sulle leggi del New Deal, con l'introduzione del c.d. double standard (per i diritti civili e per quelli economici): orientamento consolidato, anche se ridiscusso dal pensiero giuridico liberista nell'ultimo ventennio⁵.

Il nesso stretto tra questi orientamenti e i rapporti tra i poteri fu del resto colto da una parte della dottrina giuridica europea: vanno ricordati il saggio di Lambert sul «governo dei giudici» negli Stati Uniti, e il successivo bilancio – dopo la «svolta» della Corte suprema negli anni '30 – di R. Pinto⁶.

2. *Le recenti tendenze del diritto europeo in tema di garanzie della proprietà e dei diritti patrimoniali: un'inversione di rotta*

L'evoluzione recente del diritto e delle giurisprudenze europee invertono la rotta su ciascuno dei tre elementi che hanno caratterizzato nel secolo scorso l'evoluzione della collocazione costituzionale della proprietà e dei diritti patrimoniali.

La recente esperienza giuridica europea, in primo luogo, tende a ricondurre nuovamente il diritto di proprietà tra i diritti di libertà (v. la collocazione dell'art. 17 della Carta di Nizza).

Inoltre, la giurisprudenza europea ripropone l'identificazione della garanzia costituzionale con la tutela del valore patrimoniale (del «valore di scambio in luogo del valore d'uso», per dirla con Commons) del bene

⁴ Vedila in S.K. PADOVER, *The Living U.S. Constitution*, New York, 1953, pp. 67 ss.

⁵ A partire dai saggi raccolti in J.A. DORN e H.G. MANNE (eds.), *Economic Liberties and the Judiciary*, Fairfax, 1987; fino al pamphlet riassuntivo delle tesi in tema di proprietà del neoliberalismo giuridico USA di R.A. EPSTEIN, *Supreme Neglect*, Oxford (Mass.), 2008.

⁶ E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), trad. it., Milano, 1996; R. PINTO, *La fin du government des juges*, in *Revue droit public*, 1950, pp. 833 ss.

privato al momento dell'intervento pubblico. In terzo luogo, i giudici europei interpretano e applicano le normative dei Trattati e della Cedu con grande, per così dire, libertà di lettura dei testi (basti segnalare che la Corte del Lussemburgo ha elaborato una serie di regole in materia di proprietà, ancorché l'art. 295 del Trattato preveda espressamente che il regime proprietario è di competenza degli Stati membri; mentre la Corte di Strasburgo ha fissato criteri in tema di espropriazione, che non sono contenuti nel testo della Convenzione). D'altra parte, i nostri giudici di costituzionalità e di legittimità affermano a loro volta che le norme europee vanno applicate esattamente così come interpretate dalle due Corti sovranazionali, dalle quali si sentono vincolati.

Siamo tornati, insomma, al «governo dei giudici»⁷; e, per di più, al primato dei giudici sovranazionali su quelli nazionali.

L'esame del rapporto tra normativa europea e italiana in tema di garanzie della proprietà privata – al quale sono dedicati i paragrafi che seguono – consentirà di verificare quanto ora detto, e di tentare una risposta al quesito posto all'inizio: la compatibilità, o meno, della costituzione economica europea con quella italiana.

3. Il principio della funzione sociale nella Costituzione italiana e la de-fondamentalizzazione del diritto di proprietà

Il principio costituzionale della funzione sociale è sempre stato inteso come incompatibile con l'inquadramento della proprietà (e degli altri diritti patrimoniali) nella categoria dei diritti umani fondamentali, parametrata sui diritti di libertà (di cui all'art. 2 e agli artt. 13 ss.) Nella dottrina, ciò è affermato anche da autori che poi proponevano, per altri aspetti, differenti interpretazioni dell'art. 42. Qualche citazione.

Nella «costituzione economica» italiana, quale delineata dalla Carta del 1948, «è venuta meno la connessione tra la proprietà dei beni e la libertà della persona» (P. Rescigno). Ragionare diversamente sarebbe «un fatto di attardamento e di vischiosità» (M.S. Giannini). Avendo «perduto quel carattere di stretta ineranza alla persona che gli era stato annesso artificialmente in passato», il diritto di proprietà «non rientra tra quei diritti dell'uomo che globalmente la Costituzione definisce, nell'art. 2,

⁷ Come rivendicato da un protagonista, giudice e poi presidente (dal 1967 al 1976) della Corte di Giustizia: R. LECOURT, *L'Europe des juges*, 2^a ed., Bruxelles, 2007.

inviolabili» (A.M. Sandulli). Definire la proprietà come diritto «fondamentale», d'altra parte, è possibile solo «attraverso la distinzione tra diritti fondamentali inviolabili e diritti fondamentali non correlati dell'attributo dell'invulnerabilità» (L. Mengoni), e la proprietà rientra in una categoria di diritti «derivati o speciali» differenti strutturalmente da quelli «originari o generali» (A. Baldassarre). In ogni caso, «sull'esclusione della proprietà privata dalla categoria dei *Menschenrechte* la dottrina italiana è largamente concorde» (ancora L. Mengoni)⁸.

Corte costituzionale e Cassazione condividono l'orientamento della dottrina, e più di una volta pronunciano analoghe affermazioni di principio (alcune le citeremo più avanti).

Le controversie sull'interpretazione della disciplina costituzionale della proprietà – in dottrina e in giurisprudenza – hanno riguardato non l'inquadramento della proprietà come situazione giuridica non assimilabile ai diritti inviolabili dell'uomo, ma alcune delle implicazioni da trarne. E in particolare: se il principio della «funzione sociale» *ex* 2° comma art. 42 operi direttamente come «limite interno» dei poteri proprietari, o richieda una normativa che lo attui. In secondo luogo, quando un limite debba considerarsi «sostanzialmente espropriativo» – istituto di origine pretoria, com'è noto, introdotto dalla Corte costituzionale negli anni '60 – e quando rientri invece nel potere legislativo di conformare il contenuto del diritto, previsto dal 2° comma dell'art. 42 (e, del resto, già dall'art. 832 cod. civ.). Infine, come determinare il quantum dell'indennizzo in caso di espropriazione o di limite sostanzialmente espropriativo (non essendo coperto da garanzia costituzionale il valore di mercato del bene, ed essendo d'altra parte inaccettabile un indennizzo «meramente simbolico»).

Il t.u. sull'espropriazione del 2001 tentò di risolvere la seconda e la terza questione assumendo come base (molto scarna essendo la norma di delega approvata dal Parlamento) gli orientamenti della giurisprudenza (Corte costituzionale e Cassazione).

Quel che è certo è che sia la tesi della collocazione della proprietà privata tra i diritti di libertà, sia la tesi della garanzia costituzionale dell'integrità del valore patrimoniale dei beni privati (che la giurisprudenza europea deduce dalla prima), sono estranee alla costituzione economica italiana:

⁸ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 12^a ed., Napoli, 2000, p. 487; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 465; A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 467; L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 430; A. BALDASSARRE, voci *Diritti inviolabili* e *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI e XXV, Roma, 1989 e 1991; e i saggi raccolti in S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981.

quella scritta, come quella «vivente» nel sessantennio post-costituzionale.

La Costituzione scritta, per ragioni ben note. La collocazione sistematica nell'ambito dei «rapporti economici» (e non dei «rapporti civili», che comprendono i diritti di libertà). E il contenuto della disciplina, che assume a principio generale non la libertà del proprietario, ma la funzione sociale (da intendersi, nell'interpretazione ormai largamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, non come «limite interno» analogo al divieto di abuso del diritto, ma – appunto – come «principio generale dell'ordinamento giuridico» ai fini dell'art. 12 delle preleggi). Infine, il collegamento sistematico dell'art. 42 sia con alcuni «principi fondamentali» (art. 2, seconda parte; 3, secondo comma), sia con la tutela assicurata ai diritti sociali e della persona (cfr. art. 41, 2° comma).

È all'interno di questo quadro (che ha radici storico-sociali, in parte peculiari all'Italia, ma in larga parte comuni nel secondo dopoguerra a tutti i paesi europei), che si collocano le riforme della legislazione proprietaria negli anni della «Prima Repubblica»: dalla «legge sulla casa» (n. 865 del 1971) alla «riforma Bucalossi» (n. 10 del 1977), dai patti agrari (a partire dal 1962) all'equo canone (l. n. 392 del 1978). Fu certo un riformismo «debole»⁹ (molti prezzi ha pagato e sta pagando l'urbanistica italiana per la mancata adozione di scelte che pure erano state proposte negli anni '60 e '70: non ci fu il chiarimento sulla natura giuridica del cosiddetto *ius aedificandi*; né fu definito un regime dell'indennità di espropriazione che rendesse indifferenti, per i singoli proprietari, le scelte urbanistiche pubbliche). Anche questo riformismo «debole» fu poi del resto in parte smantellato, sull'onda neoliberista, dal secondo centro-sinistra (l. n. 431 del 1998 sulle locazioni; cosiddetta urbanistica contrattata). Ma quel riformismo si presentava (ed era), insieme alla legislazione sui diritti sociali e su quelli dei lavoratori, come attuativo sia del disegno complessivo (2° comma dell'art. 3), sia di specifiche «promesse» costituzionali (per usare le note parole di Calamandrei), contenute nella disciplina dei rapporti sociali. Emerge, insomma, quel nesso tra costituzione economica e costituzione sociale, sul quale si tornerà più avanti.

In questo contesto (culturale, giurisprudenziale, legislativo), la funzione sociale della proprietà privata (così come i limiti posti all'iniziativa economica dal secondo comma dell'art. 41) appariva per quello che era: l'indicazione, come elemento strutturale della nostra costituzione economica, della potenziale conflittualità tra interessi economici privati e interessi «altri»

⁹ Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, pp. 99 ss.

(l'utilità sociale, la sicurezza, libertà e dignità umana di cui appunto all'art. 41); e la conseguente attribuzione al legislatore del potere di risolvere il conflitto conformando (qualcuno diceva «funzionalizzando») il contenuto delle situazioni giuridiche patrimoniali.

La proprietà privata, quindi, come diritto soggettivo riconosciuto e garantito, ma che, per così dire, «nasce» già limitato, secondo un modello che la dottrina civilista era del resto venuta elaborando già sotto l'ordinamento pre-repubblicano, il quale pure conteneva – nello Statuto albertino e nell'art. 436 del cod. civ. del 1865 – principi che invece sancivano l'equazione libertà-proprietà. L'equazione fu poi caducata, prima ancora che dalla Costituzione, dal Codice civile del 1942, e dalla legislazione cosiddetta speciale, che nel Codice è infatti più volte espressamente richiamata.

La giurisprudenza della Corte costituzionale è intervenuta, a partire dalla fine degli anni '60, per porre limiti ai limiti che il legislatore può introdurre al contenuto del diritto. E ciò per non rendere evanescente l'elemento della «garanzia», anch'esso presente – accanto alla funzione sociale – nell'art. 42.

È una garanzia, quella elaborata dalla Consulta, di natura economico-patrimoniale, che si traduce (come già ricordato), da un lato nella figura del limite sostanzialmente espropriativo, dall'altro nell'individuazione del parametro del «serio ristoro», per controllare che i criteri per il quantum dell'indennizzo non lo riducano a un'entità meramente «simbolica». Ma che, comunque, ribadisce (e l'ha fatto da ultima Corte costituzionale 348/2007) la rilevanza del principio della funzione sociale della proprietà, sotto il profilo sia della necessità di contemperare l'interesse del proprietario con altri valori costituzionali, sia della conseguente insussistenza di un principio di garanzia integrale del valore patrimoniale dei beni privati di fronte all'intervento pubblico.

4. La proprietà privata come diritto umano nella giurisprudenza Cedu. Indennità di espropriazione e occupazione acquisitiva

I principi elaborati in materia di proprietà privata dalla giurisprudenza europea sono diversi da quelli – ora ricordati – della costituzione economica italiana.

Ciò vale – ancorché secondo logiche non collimanti – sia per la Corte edu sia per la Corte di giustizia. Iniziamo dalla prima.

Dopo le decisioni sull'indennità di espropriazione e sull'occupazione acquisitiva (che hanno dato luogo alle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale, sulle quali torneremo), l'ultima di cui si ha notizia è la condanna per la violazione di diritti umani che sarebbe stata perpetrata dall'Italia con la confisca dell'«ecomostro» di Punta Perotti a Bari.

In alcune decisioni, l'Italia viene condannata ricorrendo alla categoria del «deficit strutturale» di disciplina (elaborata sulla tenue base dell'art. 46 Cedu). Insomma, per la Corte di Strasburgo c'è un deficit di tutela dei diritti umani nella disciplina della proprietà privata in Italia.

Questa giurisprudenza si basa sulla tesi per la quale la proprietà è un «diritto dell'uomo» equiparabile alle «libertà inviolabili».

Come si concilia questo «punto di vista» con il diverso quadro delineato – come si è visto – dalla costituzione economica italiana?

La questione è di ampia portata. La novità della nuova giurisprudenza della Consulta (per la quale la Cedu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce parametro di valutazione della costituzionalità della legislazione italiana) si è tradotta infatti nella dichiarazione di illegittimità delle stesse norme (in tema di indennità di espropriazione e di occupazione acquisitiva), che la medesima Corte costituzionale aveva in precedenza ritenuto invece legittime. Il legislatore è poi intervenuto su entrambe le materie modificando il t.u. sull'espropriazione con la legge finanziaria per il 2008, recependo, solo in parte, le indicazioni dei giudici di Strasburgo. Proviamo a osservare più da vicino questa emblematica evoluzione giurisprudenziale.

È utile anzitutto ricostruire per sommi capi le vicende dei due istituti sui quali si è verificato l'intervento, in successione, della Corte Edu, della Corte costituzionale e della legge finanziaria per il 2008.

Esse non esauriscono certamente i nodi non sciolti in ordine alla costituzionalità (italiana o europea?) della nostra legislazione proprietaria. Basti pensare ai cosiddetti vincoli di inedificabilità. Questione che si trascina dalla sent. 55/1968 della Corte costituzionale, che non mi pare risolta dal t.u. del 2001, e sulla quale pure è piovuta la condanna della Corte di Strasburgo (sent. 15 luglio 2004, Scordino c. Italia).

Conviene tuttavia concentrarsi sulle due materie oggetto delle decisioni dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 348 e 349.

Iniziamo dalla prima. I profili dell'espropriazione che incidono sulla collocazione costituzionale della proprietà sono due, tra loro collegati. Anzitutto, la nozione di «limitazione sostanzialmente espropriativa» (cfr. art. 44 t.u. sulle espropriazioni del 2001). Se la si identifica – come secondo

un filone della nostra giurisprudenza costituzionale – con il limite che incide sulla «sostanza» del diritto di proprietà, è chiaro che questa «sostanza» (che ha evidentemente carattere economico-patrimoniale, giacché l'illegittimità è evitata dalla corresponsione dell'indennizzo) definisce la natura della protezione costituzionale della proprietà. Il secondo profilo concerne i criteri per la determinazione del quantum dell'indennizzo (si tratti di limite espropriativo, o di espropriazione nel senso tradizionale di trasferimento coattivo del diritto).

Il collegamento tra i due profili è in ciò, che se si ritiene che la regola, ai fini del calcolo dell'indennità, è il valore di mercato del bene al momento dell'intervento pubblico, si assume tale valore come contenuto della tutela (costituzionale).

La nostra giurisprudenza costituzionale ha escluso esplicitamente e costantemente la vigenza di un siffatto principio. Nell'affermare la legittimità dei criteri previsti dalla legge per Napoli del 1885, e da quella per il piano regolatore di Roma, la Consulta in una delle sue prime sentenze affermò che «gli scopi di pubblica utilità, proprio per questa loro natura e per i superiori interessi che ne sono il presupposto, devono essere coordinati e contemperati il più possibile con l'interesse privato, ma non possono a questo essere subordinati, al punto che una considerazione integrale di esso finisca praticamente per impedire la realizzazione di pubblica utilità».

Per questo il termine «indennizzo», di cui al comma 3 dell'art. 42, non va interpretato letteralmente («rendere indenne»), ma secondo un criterio storico-sistematico, come strumento di mediazione tra esigenze pubbliche e private (Corte cost. n. 61 del 1957). Del resto, l'adozione di un criterio inferiore al valore venale precede, nell'ordinamento italiano, l'entrata in vigore della Costituzione: e non si può ritenere – aggiunte la Consulta – che la Costituzione del 1948, ispirata a «finalità di progresso sociale», possa essere interpretata come un ritorno al 1865.

Il punto è tenuto fermo in tutta la giurisprudenza successiva. Affermandosi, in negativo, che «la regola generale di integralità della riparazione non ha rilevanza costituzionale» (ad es. Corte cost. n. 148 del 1999) e, in positivo, proponendo il parametro del «serio ristoro» (Corte cost. nn. 5 del 1980 e 223 del 1983). La determinazione dell'indennità, disse la Consulta, per poter costituire un «serio ristoro», deve fare «riferimento alle caratteristiche essenziali del bene». Per questo, il criterio del valore agricolo medio (adottato dalla legge sulla casa del 1971 e poi dalla legge Bucalossi del 1977) doveva considerarsi illegittimo per le aree urbane. Ma resta fermo che l'indennizzo «non deve costituire un'integrale riparazione della perdita

subita». E per questo era legittimo (sent. n. 283 del 1993) il criterio posto dal d.l. n. 332 del 1992 (art. 5 bis), recepito infatti dall'art. 37 t.u. espropriazione del 2001.

Una norma «salvata», nonostante prevedesse un criterio alquanto pasticciato (quello della legge per Napoli del 1865 con varie modifiche), e tale da determinare in concreto un'indennità oscillante tra il trenta e il cinquanta per cento del valore venale del bene.

Troppo poco, dice la Corte edu (Grande Chambre, 29 marzo 2006, Scordino c. Italia). E, a questo punto, troppo poco anche per la nostra Corte costituzionale (sent. n. 348 del 2007). Il «serio ristoro» del 1993 non è più tale nel 2007: Strasburgo locuta est. E tuttavia la Consulta difende il punto di principio: «si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato». Segue puntuale riferimento alla seconda parte dell'art. 2 della Costituzione («i doveri inderogabili di solidarietà») (Corte cost. 348/2007).

La sentenza gemella n. 349 concerne l'«occupazione acquisitiva» (o «accessione invertita»). Com'è noto, è questa una figura creata dalla giurisprudenza per disciplinare la situazione che si verifica quanto su un fondo (occupato in via d'urgenza) si realizza l'opera pubblica, senza che poi segua un (valido) provvedimento espropriativo.

La conclusione cui giunse la Cassazione (sez. un. n. 1464 del 1983) fu che l'occupazione era (ovviamente) illegittima, ma che, essendo impossibile la coesistenza di una proprietà del bene realizzato diversa dalla proprietà del fondo, si dovesse «invertire» il principio dell'accessione come regolato dal codice civile, e ciò per la prevalenza da accordare all'interesse pubblico su quello privato. La pubblica amministrazione acquista quindi la proprietà del fondo occupato a titolo originario. È tenuta però al risarcimento del danno da illecito civile: che, come si sa, di regola equivale all'integrale riparazione della perdita economica subita.

I (successivi) interventi legislativi sono stati oggetto di più di una pronuncia della Corte costituzionale. La Consulta ha condiviso il principio dell'accessione invertita: che è conforme a Costituzione, in quanto «concreta manifestazione della funzione sociale della proprietà» (sent. nn. 384 del 1990 e 188 del 1995). La normativa ha passato il vaglio di legittimità anche quando si è fissato, per il risarcimento del danno, un *quantum* inferiore al valore di mercato. Non c'è – dice la Consulta – una garanzia costituzionale della regola della riparazione integrale del danno (sent. n. 148 del 1999). E in effetti l'ordinamento giuridico, anche pre-costituzionale, conosce

diverse ipotesi, anche nel codice civile (cfr., ad es., art. 844, 2° co.), nelle quali a quel principio si deroga. È sulla base di queste premesse che il t.u. del 2001 tenta di dettare (art. 43) una disciplina organica dell'occupazione acquisitiva. Il 1° co. attribuisce all'autorità che utilizza un bene immobile, «modificato» in assenza di validi ed efficaci provvedimenti, il potere di disporre l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile. Per il quantum risarcitorio, l'art. 43 ripropone sostanzialmente la disciplina che già – come si è visto – aveva superato il vaglio della Consulta.

La Corte di Strasburgo rimette tutto in discussione. Con una serie di decisioni, culminate nella già citata Grande Chambre del 29 marzo 2006, la Corte afferma anzitutto il contrasto con l'art. 1, protocollo 1, Cedu, della previsione di un risarcimento inferiore al valore di mercato del bene.

Ma la Corte mette anche in discussione la legittimità stessa dell'istituto dell'occupazione acquisitiva. La Consulta ha preferito non affrontare questo profilo, e si è limitata a dichiarare l'illegittimità della norma del 1996 sul quantum risarcitorio (che riguardava solo le occupazioni intervenute prima del 30 settembre del 1996). Nella sent. n. 349 (a differenza che in quella concernente l'indennità di espropriazione), la Corte costituzionale ha ritenuto infatti di non utilizzare il potere *ex art.* 27 l. n. 87/1953. Non si è pertanto occupata (non essendo oggetto del giudizio di remissione) della disciplina dell'art. 43 t.u. del 2001. Ciò ha consentito al legislatore di cavarsela (legge finanziaria per il 2008) con una norma che prevede un risarcimento pari al valore venale del bene per le ipotesi verificatesi entro il 30 settembre 1996 (art. 55, nuovo testo, t.u. espropriazione).

5. Cedu e Costituzione

Il quesito di fondo che si pone alla luce di queste vicende giurisprudenziali è: *quid iuris* se i principi enunciati dalla Corte edu sono differenti dai principi che la Corte costituzionale ha elaborato in sessant'anni di interpretazione dell'art. 42?

È di fronte a questo quesito che la Consulta si è trovata, come si è visto, quando è stata chiamata a decidere su indennità di espropriazione e occupazione acquisitiva. E in effetti la Corte costituzionale ha modificato la propria giurisprudenza (specifica, cioè sulle stesse norme controverse), perché si è ritenuta vincolata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come esplicitamente detto nella sent. n. 349: «il bilanciamento svolto in

passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato tenendo conto della rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea». La prima applicazione del nuovo principio desunto dal 1° comma del novellato art. 117 della Costituzione, come si vede, va in concreto oltre il contenuto del principio medesimo. Il nuovo principio dice: sono incostituzionali le norme ordinarie che contrastano con la normativa Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, purché non violino norme costituzionali. La Corte costituzionale (n. 349/ 2007) dice qualcosa di più: ciò che prima era conforme a Costituzione, ora non lo è più. Deduzione, evidentemente, incoerente con la premessa maggiore: che anzi esplicitamente contesta, negando l'equiparazione tra il diritto Cedu e quello comunitario, la prevalenza del primo sulla normativa costituzionale.

La sentenza n. 349 è quasi esplicita al riguardo. Gli «altri parametri costituzionali» del «passato», che vanno ora abbandonati, sono in sostanza il rilievo dell'interesse pubblico nell'uso dei beni, alla luce della funzione sociale. La Corte costituzionale, insomma, nella sent. n. 349 (a differenza che nell'altra) sembra conferire al giudice sovranazionale anche un potere di reinterpretazione delle norme costituzionali. Conviene quindi dare uno sguardo più ravvicinato alle implicazioni della rilettura del 1° co. dell'art. 117, operata dalla Consulta.

Esiste già in materia abbondante letteratura (in parte critica in parte adesiva). Ai nostri fini, interessa soffermarsi su due punti: il primo concerne il rapporto tra normativa Cedu e norme costituzionali, in termini generali; il secondo, il rapporto tra (l'interpretazione della) disciplina costituzionale della proprietà (art. 42 Cost.) e (interpretazione della) disciplina Cedu (art. 1, 1° prot. addizionale della Convenzione).

La Consulta si occupa, nelle sentenze citate, di entrambi i profili. Né poteva essere altrimenti, dato che (come si è segnalato) nell'occasione ha ritenuto di dover modificare la propria precedente giurisprudenza sulle due norme di cui si è detto: legittime, se valutate alla luce del solo art. 42; non più legittime, se valutate alla luce (anche) dell'art. 1, 1° prot.

Quanto al primo profilo, la Consulta si è riservata il giudizio sulla conformità alla Costituzione delle norme Cedu, che «rimangono pur sempre ad un livello subcostituzionale». A differenza poi che per il diritto dell'UE, quello di fonte Cedu va sottoposto a uno «scrutinio di costituzionalità (che) non può limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma deve estendersi ad ogni profilo di

contrasto tra le 'norme interposte' e quelle costituzionali».

Sembrerebbe uno scrupolo persino eccessivo: è mai possibile che la tutela dei diritti umani prevista dall'Europa sia in contrasto con la Costituzione italiana?

Sì, per la proprietà almeno è possibile: proprio perché la giurisprudenza Cedu, a differenza di quella italiana, considera la proprietà un diritto umano «come gli altri», e non contiene il principio della funzione sociale. Intanto si è già notato che la Consulta, nelle due sentenze, alla domanda prima formulata dà due risposte non coincidenti. Nella più sintetica sent. n. 349, si dice che spetterà alla Corte costituzionale verificare se le norme Cedu «garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana».

È, questa, la formula magica usata dalla Carta di Nizza (art. 53) per tranquillizzare chi paventa che i processi europei possano determinare una riduzione dei diritti e delle garanzie previste dalle Costituzioni nazionali.

C'è però un problema: per la proprietà privata (come per tutte le situazioni soggettive economico-patrimoniali, dall'impresa alla libertà contrattuale) quella formula magica non funziona, per la ragione che ora si indicherà.

Torniamo alla sentenza n. 348. La Consulta sa di avere negato per cinquant'anni l'esistenza di una garanzia che commisuri l'indennità al valore di mercato del bene espropriato. La sentenza non torna indietro da questo principio, e continua ad ancorarlo alla funzione sociale *ex* art. 42. Infatti, «livelli troppo alti di spesa per l'espropriazione di aree edificabili potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri)».

Nel caso di specie, il criterio previsto dall'art. 37 t.u. 2001 è dichiarato illegittimo perché lo dice la Corte di Strasburgo, «ma anche» perché la sentenza 148/1999 lo aveva salvato alla luce del carattere dichiaratamente temporaneo della norma (*ex* l. 359/1992) che è alla base dell'art. 37. Per il futuro si vedrà: «valuterà il legislatore» il nuovo «equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà».

La «formula magica» europea della tutela «almeno equivalente» dei diritti umani, evocata nella sent. n. 349, non funziona per la proprietà (e per gli altri diritti patrimoniali) esattamente per le ragioni colte dalla sent. n. 348. «Almeno equivalente» per chi? Per gli interessi proprietari, o per gli interessi sussumibili nella funzione sociale, potenzialmente conflittuali con i primi? Interessi riconducibili, nella nostra Costituzione, a diritti fondamentali: la salute, l'istruzione, l'abitazione, come segnala la Consulta,

in potenziale conflitto con la proprietà fondiaria; la libertà, la sicurezza, la dignità umana, come esplicitamente dice il 2° co. dell'art. 41, con la libertà di iniziativa economica.

Riproporre l'equivalenza proprietà-libertà, considerare la proprietà «diritto fondamentale» alla stessa stregua dei diritti di libertà, è operazione che incide sui caratteri fondamentali della costituzione economica. Se la si porta a compimento, il parametro per valutare se la normativa europea garantisca ai diritti patrimoniali una «tutela almeno equivalente» a quella prevista dalla Costituzione italiana si commisurerà esclusivamente al grado di protezione assicurato al proprietario.

Se invece si rimane nell'alveo della «tradizione costituzionale» italiana, per usare un'altra formula magica europea, non sarà possibile isolare la proprietà – che nella nostra tradizione, come si è visto, non è un fondamentale diritto dell'uomo – dagli altri diritti, potenzialmente confliggenti con gli interessi proprietari, garantiti dalla Carta del '48. E quindi per valutare l'equivalenza della tutela si dovrà comparare il livello di protezione che le due normative (europea e italiana) assicurano a questi diritti «altri», sussunti nei principi della funzione sociale e dell'utilità sociale.

Naturalmente, tutti questi ragionamenti sarebbero inutili perfezionismi da giurista cavilloso, se si potesse affermare che, tutto sommato, tra la giurisprudenza costituzionale italiana e quella Cedu sulla proprietà non c'è gran differenza. Invece la differenza c'è (e c'è anche con i principi UE, come vedremo).

Per restare ad esempio all'indennità di esproprio, la differenza tra i due sistemi normativi rimane anche dopo le sentenze gemelle e la novella del t.u. del 2001. Per la Corte di Strasburgo, la *regola* è il valore di mercato. Solo se l'espropriazione avviene nel quadro di riforme economiche, sociali e politiche (su questo aspetto, ora recepito dal nuovo testo del t.u. espropriazione, si tornerà più avanti) si può giustificare un indennizzo inferiore.

Per la Consulta, invece (e lo conferma la sent. n. 348), la *regola* è il «serio ristoro», come bilanciamento tra interessi pubblici e interessi privati.

E la differenza non è secondaria, perché discende dal diverso inquadramento sistemico del diritto di proprietà. Per la Cedu, è un diritto umano equivalente agli altri diritti di libertà. Per la Costituzione italiana le cose non stanno così (come abbiamo visto).

6. *Giurisprudenza comunitaria e Carta di Nizza. Costituzioni economiche italiana ed europea: due modelli alternativi*

Allarghiamo l'orizzonte sullo stato dell'arte nel rapporto Europa-proprietà privata, considerando ora il diritto comunitario.

Che vi sia competenza dell'Unione in materia di proprietà è escluso in modo drastico da una norma introdotta all'inizio del processo di costruzione dello spazio giuridico europeo, cinquant'anni or sono, e da allora rimasta immutata. Attualmente è l'art. 295 del Trattato CE, per il quale «il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». La norma non è modificata dal Trattato di Lisbona.

Il suo scopo coincide con la ragione per la quale nel testo originario della Cedu, del 1950, non vi era una norma sulla proprietà, che fu poi introdotta, dopo un non semplice dibattito, di interessante rilettura, con un protocollo aggiuntivo. Gli stati volevano riservare a se medesimi la competenza a determinare il regime giuridico dei beni e a conformare il rapporto tra tutela della proprietà e interesse generale. In Europa, il clima politico, sociale, culturale (espresso dalla Costituzione italiana, ma anche da quella tedesca; e tradotto in azione politica da molti governi europei) non era favorevole all'equazione proprietà/libertà.

È la Corte di giustizia ad affermare, a partire dagli anni '70, che i diritti fondamentali fanno parte dei «principi generali» dell'ordinamento comunitario, di cui essa garantisce l'osservanza, e che la proprietà è uno di tali diritti. Anzi, è anche a partire dalla proprietà che la Corte del Lussemburgo enuclea la categoria dei diritti fondamentali comunitari (sent. Nold del 1974 e Hauer del 1979).

Le formule lussemburghesi sono recepite dall'art. 6 del Trattato UE: «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Il Trattato di Lisbona, nel nuovo testo dell'art. 6, aggiunge l'adesione della UE alla Cedu.

La Carta di Nizza è il primo testo comunitario nel quale la proprietà è esplicitamente disciplinata. È un testo al quale la nuova formulazione dell'art. 6 attribuisce «lo stesso valore giuridico dei trattati».

Completiamo il quadro ricordando che da tempo la Consulta afferma che le norme comunitarie devono essere attuate sulla base dell'interpretazione della Corte di giustizia (cfr. sent. n. 113/1985).

In sintesi, abbiamo tre sistemi di principi in materia di proprietà pri-

vata, e tre giudici supremi che li interpretano. Il primo è quello, di cui si è detto, che si fonda sull'art. 1 primo protocollo addizionale Cedu, interpretato dalla Corte di Strasburgo. Il secondo è quello comunitario, desumibile dall'art. 6 del Trattato UE e ora anche dalla Carta di Nizza, e interpretato dalla Corte del Lussemburgo. Il terzo è nella Costituzione italiana, e l'interpretazione spetta alla Consulta.

Come sono collegati questi sistemi? L'art. 6 non risolve il problema. I principi generali per la tutela dei diritti fondamentali sono quelli garantiti, da una parte, dalla Cedu; dall'altra, dalle tradizioni costituzionali comuni ai paesi dell'Unione; dall'altra ancora, dalla Carta di Nizza. Va qui subito segnalato che l'adesione della UE alla Cedu renderà difficile alla Consulta continuare a distinguere i due diversi livelli di rilevanza, nel sistema delle fonti, delle due normative (e delle due giurisprudenze), quale affermato nelle sentenze nn. 348 e 349/2007.

Il problema è che, per la proprietà privata, la tradizione costituzionale italiana, come si è visto, non solo non dice la stessa cosa che dice la giurisprudenza Cedu; ma neppure quello che dicono la giurisprudenza comunitaria e la Carta di Nizza.

In una prospettiva comparatistica si è osservato che non solo la «tradizione costituzionale» italiana, ma anche quelle tedesca (cfr. art. 14 legge fondamentale) e spagnola (cfr. art. 33 Cost.), simili alla nostra, differiscono dai principi elaborati a Strasburgo e a Lussemburgo: «l'appello alle tradizioni costituzionali comuni è strumentale a conferire legittimazione» alle soluzioni pretorie delle Corti europee¹⁰.

Le progressive cessioni di sovranità da parte della Corte costituzionale italiana (la più pesante riguarda certo il vincolo all'interpretazione che le due Corti europee danno di norme che pure, per vie diverse, entrano a far parte dell'ordinamento nazionale con un rango paracostituzionale) non risolvono il problema: ne abbiamo appena visto un esempio, circa i principi in materia di indennità da espropriazione e di occupazione acquisitiva.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, la Corte di giustizia (a differenza della consorella strasburghese e della stessa Carta di Nizza) fa riferimento alla funzione sociale della proprietà. Ma ne dà un'interpretazione diversa da quella della tradizione costituzionale italiana (prima ricordata). La funzione sociale corrisponde, per i giudici lussemburghesi, all'interesse generale che è alla base dei trattati: l'instaurazione di un'economia di concorrenza. La proprietà privata è un diritto fondamentale, che può essere limitato, se il limite è giustificato dall'ordine pubblico economico che

¹⁰ A MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pp. 313 ss.

attraverso esso si concorre a realizzare.

Insomma, anche la funzione sociale comunitaria, come quella italiana, rinvia a una costituzione economica complessiva. Che, però, è diversa dalla costituzione economica delineata dalla Carta del '48. La quale, se non vede nel mercato un disvalore (come osservava a suo tempo Giuliano Amato), non subordina però i valori sociali alle libertà economiche.

Quanto alla Carta di Nizza, siamo davanti a un testo per la verità alquanto bizzarro, già nella ripartizione delle materie. Ma qui interessa segnalare l'arretramento (o avanzamento: dipende, naturalmente, dai punti di vista) sul piano della tutela dei valori sociali, rispetto alla nostra Carta fondamentale. Basti ricordare, per quanto concerne l'uguaglianza, la scomparsa di ogni riferimento al problema tematizzato dal secondo comma del nostro art. 3. Ovvero all'assenza di una norma analoga, nella tutela del lavoro, al nostro art. 36, 1° comma.

Questa impostazione si esprime anche nella norma dedicata al diritto di proprietà. L'art. 17 è collocato nel Capo II, intitolato «libertà». Della funzione sociale non c'è traccia (nonostante il meritorio tentativo emendativo di autorevoli 'convenzionali' italiani); l'incipit dell'art. 17 («ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità») è più simile a quello dei testi ottocenteschi che alle formule della Costituzione italiana (o di quelle tedesca e spagnola). Per l'espropriazione, si richiede una «giusta» indennità (l'aggettivo è assente nel 3° co. dell'art. 42). Il diritto di lasciare i propri beni in eredità fa parte del contenuto della tutela: garanzia non contemplata nel 4° comma dell'art. 42, che si ispira invece alla logica «novecentesca» della funzione redistributiva del diritto successorio.

Si può aggiungere che l'art. 52 della Carta di Nizza contiene una garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti e delle libertà, simile a quella dell'art. 19.II della Costituzione tedesca, la quale prevede però per la proprietà, nell'art. 14, non una proclamazione di libertà, ma le formule sociali di origine weimariana, molto distanti dall'art. 17 della Carta di Nizza.

Quanto all'art. 53, che garantisce il «livello di protezione» già previsto dalle costituzioni degli Stati membri, si è prima segnalato il carattere antinomico della formula, quando la si voglia applicare a una situazione economico-patrimoniale.

In definitiva, dalla Carta di Nizza vengono elementi che accentuano, anziché ridurre, le distanze tra l'impianto liberista del sistema europeo della proprietà privata, e quello «sociale» della tradizione costituzionale italiana.

In conclusione, la normativa europea, pur nell'eterogeneità dell'ispira-

zione (diritti umani di tipo liberale nella Cedu; preminenza delle «quattro libertà» economiche sui diritti anche patrimoniali nell'interpretazione che la Corte di giustizia dà del diritto comunitario; commistione di vecchi e «nuovi» diritti, secondo una logica «post moderna», nella Carta di Nizza) contrasta con la costituzione economica italiana, quale fin qui interpretata e applicata, e appare nell'insieme ispirata a un'idea «paleoliberale» di proprietà¹¹.

7. La funzione sociale dei diritti patrimoniali come «principio supremo» della Costituzione italiana

L'orologio europeo, è stato detto, sembra tornato indietro di un secolo¹². I diritti patrimoniali tornano a essere annoverati tra i fondamentali diritti di libertà; la tutela che ne deriva – come nella giurisprudenza della Corte suprema dell'«era Lochner» – concerne la garanzia del valore di scambio dei beni privati, quali rilevabili sul mercato. Una garanzia, insomma, dell'integrità dei patrimoni privati di fronte all'intervento pubblico, che sarebbe piaciuta a Nozick¹³.

La Corte di Strasburgo lascia per la verità aperto uno spiraglio per alcune «riforme economiche, sociali e politiche», che consentirebbero di derogare al principio. A questo spiraglio si è agganciato il nostro legislatore quando nel nuovo testo dell'art. 37 t.u. espropriazione (introdotto con la legge finanziaria per il 2008) prevede che l'indennità sia ridotta di un quarto nel caso di «interventi di riforme economico-sociali» (che ancora non si sa bene quali siano o possano essere). Le deroghe concesse in passato dalla Corte strasburghese sono alquanto eterogenee, spaziando dalle politiche di nazionalizzazione dell'ultimo governo laburista pre-Thatcher alle complicate questioni legate alle riprivatizzazioni nei paesi *ex*-comunisti, passando per le difficoltà patrimoniali che prima l'*ex re* Costantino e poi i monasteri ortodossi hanno incontrato con i governi greci.

¹¹ P. GROSSI, *L'ultima Carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 253.

¹² S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Compoti, Milano, 2005, p. 159.

¹³ R. NOZICK, *Anarchia Stato e Utopia* (1974), trad. it., Firenze, 1981, pp. 159 ss. La sua teoria politica della proprietà (che afferma l'ingiustizia di ogni normativa che abbia effetti redistributivi se la ricchezza è stata guadagnata «fair and square») è alla base del filone nel neoliberalismo giuridico di cui sopra, nota 5.

Ma la domanda più importante, di fronte al contrasto tra costituzione economica italiana ed europea in tema di garanzie dei diritti patrimoniali, è se ci si debba limitare a dedurre la «disapplicazione dell'art. 42 della Costituzione a favore dei principi del diritto europeo»: conclusione alla quale ad es. giunge M. Comporti, sulla base della premessa (con la quale concordo, per le ragioni che ho cercato di indicare) che «i principi europei sulla proprietà appaiono sufficientemente delineati e chiari; essi sostanzialmente ripropongono i principi di cui al codice civile, escludendo il criterio limitativo della funzione sociale»¹⁴.

Se condivido la premessa di Comporti, non ne condivido la conclusione.

Stefano Rodotà ha osservato che la funzione sociale può apparire oggi una «formula logora»¹⁵. Il punto, a me pare, è che il logoramento deriva dai fattori (culturali e di politiche economiche e sociali) che hanno costituito il terreno nel quale si è dispiegata l'invenzione giurisprudenziale di una «tradizione costituzionale europea» di segno, per ripetere le parole di P. Grossi, paleoliberalista.

Prima di considerare irrilevante (per disapplicazione da diritto europeo, o per «logoramento» nel senso comune giuridico e nei concreti dati economici e sociali) il principio della funzione sociale, dobbiamo però introdurre un nuovo tema di riflessione, che riguarda la categoria dei «principi supremi» dell'ordinamento costituzionale, inderogabili dal diritto europeo¹⁶ (così come dalla disciplina *ex art. 7* della Cost., e dalla stessa procedura di revisione costituzionale). Quale sia il fondamento concettuale di questo orientamento (se cioè si basi sulla distinzione tra «valori» e «norme», ovvero su una duplicazione di rango tra le norme costituzionali), nonché quali valori o norme o diritti rientrino nel nocciolo duro dei «principi supremi»

¹⁴ M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, pp. 189 ss.

¹⁵ S. RODOTÀ, *La carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 57 ss.

¹⁶ Corte cost. n. 170 del 1984; 232 del 1989. Analoghe affermazioni di principio sono nella giurisprudenza costituzionale francese, spagnola e ceca, oltre che in quella tedesca, la quale, con la sentenza del 30 giugno 2009, ha anche individuato – in base agli articoli 20 I e 23 I della Legge fondamentale – il principio dello Stato sociale tra quelli costitutivi della «identità costituzionale tedesca», prevalente sul diritto comunitario, con la conseguente possibilità di sindacato di legittimità della normativa europea che con quel principio contrastasse. Il tema del rapporto tra «principi supremi» e diritti sociali è esaminato da M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, 2002, pp. 122 ss.

non è ben chiaro, anche perché la Corte costituzionale finora non ha dato una fondazione complessiva di un enunciato pur molto rilevante, e nemmeno ha elaborato una tavola organica dei «principi supremi».

La tesi che intendo formulare è che l'enunciato della funzione sociale (e quello correlato dei limiti *ex art. 41, 2° co.*, all'esercizio delle libertà economiche) rientra tra i «principi supremi» che definiscono l'impianto complessivo della nostra Carta fondamentale (l'«identità costituzionale» italiana, per dirla come i tedeschi).

Ho fin qui usato l'espressione «costituzione economica» nel senso di formula riassuntiva delle norme della Costituzione sui rapporti economici, quali intesi e applicati dall'esperienza giuridica (dottrina, giurisprudenza, orientamenti legislativi fondamentali). Sotto questo profilo, come notato da Sabino Cassese, le norme alle quali fare riferimento sono gli articoli da 41 a 47¹⁷. È difficile peraltro considerare la costituzione economica italiana in modo separato e autonomo dalla costituzione sociale¹⁸. Come ho prima segnalato, le formule degli articoli 41 e 42 indicano un nesso tra tutela dei diritti economici e tutela dei diritti sociali e personali. Tale nesso è di potenziale conflittualità tra la prima e la seconda. Da ciò l'individuazione nel legislatore del soggetto competente a risolvere quel conflitto con concrete soluzioni normative, espressive di determinati indirizzi politici economico-sociali.

Il contemperamento tra interessi patrimoniali e bisogni sociali e personali è previsto dalla nostra Carta. Esso può condurre a soluzioni differenti, a seconda appunto dei differenti indirizzi politici di volta in volta prevalenti. Ma è estranea alla logica fondativa della Costituzione l'assoluta primazia delle libertà economiche sui diritti sociali (come le è del resto estraneo il suo contrario: e da questo punto di vista, è in effetti riduttiva la tesi di una mera «garanzia di istituto» per la proprietà privata).

L'intreccio tra tutela patrimoniale e tutele sociali è un tratto tipico e fondativo della nostra Carta fondamentale. Sia nelle norme sui rapporti sociali, che in quelle sui rapporti economici, si concretizza per così dire, quanto proclamato nei «Principi fondamentali», e in particolare negli articoli da 1 a 4.

Per questa ragione gli enunciati sociali, contenuti negli articoli 41 e 42, vanno considerati, a mio avviso, «principi supremi», non differenti qualitativamente – nella tavola dei valori disegnata nel testo del 1948 – da quelli già fin qui puntualmente individuati dalla Corte costituzionale.

¹⁷ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2008, p. 3.

¹⁸ Sotto questo aspetto, credo vada riconsiderata la nozione stessa di «costituzione economica», se considerata *corpus separatum* rispetto al complessivo ordinamento costituzionale.

8. *Costituzione economica e costituzione sociale. Note conclusive*

La nostra Costituzione nasce, e ne è una delle espressioni più significative, nella fase storica (variamente definita: dalla golden age di Hobsbawm al «compromesso» tra capitalismo e socialdemocrazia teorizzato e paventato da Schumpeter), non solo europea (si è ricordata in precedenza la vicenda del New Deal), nella quale si viene definendo un nuovo equilibrio tra logiche di mercato, intervento pubblico e Stato sociale. È un equilibrio qualitativamente nuovo rispetto alla irrilevanza di «diritti» sociali e alla definizione dei diritti patrimoniali come diritti di libertà garantiti «nella maniera più assoluta» (per usare l'espressione del Code Civil) nei confronti dell'intervento pubblico e delle pretese di soggetti «altri»: cioè del binomio liberalismo-liberismo, che aveva dominato nel diritto europeo e nordamericano fino ai primi decenni del secolo scorso.

La normativa europea ripropone invece la separazione tra costituzione economica e costituzione sociale, e la prevalenza della prima sulla seconda. Ma nei Trattati istitutivi della Ceca e della Cee l'assenza della «materia» sociale (nonché, come si è ricordato, l'esclusione del regime della proprietà dalla competenza comunitaria), non nacque dalla volontà di riproporre la preminenza delle libertà economiche sui diritti sociali. Oltre tutto, ciò sarebbe stato in contrasto non solo con le Costituzioni, ma anche con le politiche, attuative dei nuovi principi, che si venivano realizzando nei paesi fondatori: la fase storica della fondazione europea è la stessa fase storica nella quale ciascun paese costruisce il proprio Stato sociale, le proprie tutele dei diritti dei lavoratori, le proprie legislazioni vincolistiche della proprietà privata, i propri strumenti di intervento pubblico nell'economia.

La logica europea degli anni '50 e '60 è quella della ripartizione di competenze: alle nuove istituzioni sovranazionali la costruzione di un mercato comune, sulla base della libertà di circolazione dei fattori produttivi e della tutela della concorrenza; agli Stati nazionali le politiche sociali e redistributive e il regime giuridico della proprietà¹⁹.

Quel che è accaduto nell'ultimo ventennio – l'egemonia culturale del neoliberalismo e i corrispondenti indirizzi sia nelle politiche economico-sociali degli Stati, quale che fosse il segno politico dei governi, sia nei caratteri del processo di integrazione europea; i timidi e comunque falliti tentativi di definire politiche sociali a livello europeo; un «governo dei giudici» fortemente segnato dal pensiero liberista dominante – ha comportato la progressiva invasione della costituzione economica europea nelle costituzioni

¹⁹ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003.

nazionali, come quella italiana. La quale è atta a recepire – come segnalava Giuliano Amato nel saggio citato all'inizio – la valenza positiva del mercato, ma non il predominio delle libertà economiche sugli interessi generali e sui diritti sociali.

La giurisprudenza europea sulla proprietà privata, alla quale si è fatto riferimento in precedenza, appare così simmetrica e coerente a quella (casi Viking, Laval, Rüffert, Commissione c. Lussemburgo) che ha affermato negli ultimi anni la prevalenza delle libertà economiche sui diritti sociali²⁰.

Difficile stupirsi se questa Europa non piace ai cittadini europei. Per i giuristi (quelli che studiano e quelli che scrivono le sentenze) è arrivato il momento di domandarsi, come ha fatto la Corte costituzionale tedesca nella citata sent. del 30 giugno 2009, se la cessione di sovranità nazionale anche giurisdizionale, che con allegra baldanza è andata avanti per un paio di decenni (e le ricordate sentenze nn. 348 e 349/2007 ne sono la più recente espressione), non debba trovare un qualche argine.

Soprattutto, sarebbe utile discutere quello che a me pare oggi il nodo di fondo: se cioè tra i «principi supremi» della nostra Carta fondamentale rientrano (o meno) le garanzie dei diritti sociali e i correlati principi della funzione sociale della proprietà privata e dei limiti *ex 2° comma art. 41* alla libertà di iniziativa economica.

²⁰ L'accostamento tra questa giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte suprema dell'«era Lochner» è ad es. in I.H. ELIASHOP, *A «switch in time» for the European Community?*, in *Columbia J. Eur. Law*, 2008, pp. 467 ss.

*Democrazia e Stato Sociale:
dalla Germania buone notizie per l'Europa**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il problema del rapporto del diritto europeo con Costituzioni nazionali scritte, rigide e lunghe – 3. La democrazia come diritto fondamentale del cittadino, garantito dallo Stato-nazione, e il deficit democratico dell'Unione – 4. Il rafforzamento dei poteri del Parlamento nazionale – 5. L'identità costituzionale come sintesi dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale – 6. Il principio dello Stato sociale come principio fondamentale, e il deficit sociale dell'Unione – 7. Il conflitto tra principio liberista e principio sociale nell'ordinamento costituzionale italiano: l'esempio dell'indennità di esproprio (Corte cost. 348/2007) – 8. "Governo dei giudici" e costituzione sociale – 9. Due auspici conclusivi, per l'Italia e per l'Europa.

1. *Premessa*

1. Alla Corte costituzionale tedesca¹ era stato chiesto di dare una risposta giuridica, sulla base del Grundgesetz, a quesiti ampiamente diffusi nel dibattito pubblico, e che possono essere riassunti nelle formule del deficit democratico e del deficit sociale dell'Unione europea.

Secondo i ricorrenti, il Trattato di Lisbona non solo non colma tali deficit, ma rischia di aggravarli, anche per i meccanismi (cosiddette "norme passerella" e "freno d'emergenza") che prevedono la possibilità di ulteriori trasferimenti di potere dagli Stati nazionali agli organi dell'Unione, attraverso decisioni rimesse ai governi degli Stati membri.

Molte critiche mosse alla sentenza sembrano trascurare l'ampio dibattito e la diffusa percezione della effettiva esistenza di limiti democratici e sociali dell'Unione. E' una percezione condivisa da settori crescenti dei cittadini europei, come dimostrano i dati sulla partecipazione alle elezioni del Parlamento europeo, oltre che le difficoltà di ottenere il consenso referendario, per i Paesi che lo hanno chiesto. Sono queste, del resto, le ragioni del fallimento del Trattato costituzionale.

* Pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 1009-1019.

¹ A proposito di *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), 2 BvE 2/08 (30 giugno 2009).

2. *Il problema del rapporto del diritto europeo con Costituzioni nazionali scritte, rigide e lunghe*

Prima di svolgere alcune riflessioni sulla risposta data dai giudici di Karlsruhe, per i giuristi italiani non sarebbe male considerare che “*de te fabula narratur*”. Il tema che la Corte tedesca ha affrontato è, sul piano giuridico, molto simile a quello che anche l’ordinamento italiano ha di fronte, anche se finora si è prevalentemente fatto finta di non vederlo, o di aggirarlo con facili formulette.

Ed è il tema del rapporto del diritto europeo con Costituzioni scritte, rigide e lunghe. Costituzioni scritte, anzitutto: e quindi non modificabili attraverso l’evoluzione giurisprudenziale, che deve misurarsi con il dato normativo, appunto “scritto”. L’interpretazione delle norme scritte, come sappiamo, evolve nel tempo: ma la flessibilità interpretativa non è senza limiti.

Costituzioni rigide, in secondo luogo. Con il tempo, la “rigidità” si è articolata su due livelli. Il primo, è quello – per così dire – tradizionale: le norme costituzionali possono essere modificate solo con un procedimento peculiare (art. 138 Cost.; art. 79.II GG.). Ma in entrambi gli ordinamenti, l’italiano e il tedesco, il dato costituzionale indica limiti allo stesso procedimento di revisione costituzionale (art. 139 Cost.; art. 79.III GG.). La norma tedesca è più ampia: non sono ammissibili revisioni costituzionali che tocchino l’articolazione federale dello Stato “o i principi enunciati negli artt. 1 e 20”. L’art. 1 afferma il carattere intangibile della dignità umana e dei diritti fondamentali; per l’art. 20.I “la Repubblica federale tedesca è uno Stato federale, democratico e sociale”.

Il nostro art. 139 si limita a escludere dalla revisione costituzionale “la forma repubblicana”; ma, com’è noto, la nostra giurisprudenza costituzionale deduce dal sistema che non è solo l’introduzione della monarchia a essere vietata dall’art. 139: esistono “principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico” che non possono essere modificati né da rapporti internazionali (come quelli ex art. 7), né attraverso la stessa procedura prevista dall’art. 138, e neppure dal diritto comunitario.

Costituzioni “lunghe”, in terzo luogo. Come si sa, ciò vuol dire che si tratta di testi che non contengono solo (come nelle Costituzioni liberali classiche) le garanzie dei diritti di libertà e l’ordinamento delle istituzioni, ma anche previsioni “sociali”, sia attraverso l’indicazione di fondamentali principi “programmatici”, sia contemplando la garanzia di diritti sociali dotati di rango analogo ai diritti di libertà -, sia apponendo il limite dell’utilità sociale alla garanzia delle libertà economiche e dei diritti patrimoniali.

3. La democrazia come diritto fondamentale del cittadino, garantito dallo Stato-nazione, e il deficit democratico dell'Unione

Della lunga e articolata motivazione della sentenza, che riprende, accentua e approfondisce un orientamento già presente nella motivazione della decisione sul Trattato di Maastricht, interessa qui sottolineare il senso di fondo della risposta data alla domanda che era stata posta: come conciliare il deficit democratico e il deficit sociale delle istituzioni europee con una Costituzione scritta, rigida e lunga.

A tali questioni i giudici di Karlsruhe rispondono sulla base di due premesse, che costituiscono in realtà la sostanza della decisione, oltre il tenore del dispositivo (dagli effetti limitati, com'è stato notato, e ai quali il Parlamento tedesco ha già dato seguito, potendo così procedere alla ratifica del Trattato).

La prima premessa è che la democrazia è un diritto fondamentale del cittadino, desumibile dall'art. 38.I GG., e come tale insuscettibile di revisione costituzionale (artt. 20 e 79.III) e, a maggior ragione, non comprimibile dal diritto europeo (alla luce altresì dell'art. 23, introdotto in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, che espressamente richiama il vincolo, nello sviluppo dell'Unione europea, dell'osservanza del "principio democratico, dello Stato di diritto, sociale e federativo, e del principio di sussidiarietà").

Le istituzioni europee, come strutturate dal Trattato, non rispondono ai parametri della democrazia (perspicuamente analizzati nella sentenza). Ciò richiede la garanzia di una riserva di sovranità, che può essere assicurata solo affermando il carattere primario, rispetto al diritto europeo, del diritto nazionale, garantito dalla Corte costituzionale (ancorché ai fini e nei limiti che si vedranno).

Non mi sembrano condivisibili le critiche mosse al principio così affermato, quasi che sia espressione di una concezione ormai superata della sovranità nazionale. Sfugge, a questa critica, che da tempo è stato segnalato il problema che nasce, per la democrazia, a seguito del progressivo trasferimento di poteri dagli Stati nazionali, costruiti intorno al principio democratico, a favore di istituzioni soprannazionali, che da quel principio prescindono in misura più o meno ampia. Il problema, com'è noto, non riguarda solo le istituzioni europee; esso è stato ampiamente dibattuto nell'ultimo ventennio, e rassegnarsi – come fa qualcuno – teorizzando l'ineluttabilità del processo non mi pare un grande argomento.

Il primato dello Stato nazionale, insomma, è, per i giudici tedeschi, una conseguenza dell'affermazione per la quale la democrazia è un diritto

fondamentale del cittadino, incomprimibile da qualunque fonte del diritto. Ed è a tal fine e su questa base che i giudici esaminano le istituzioni europee, che non rispondono a loro avviso ai requisiti indispensabili, sul piano della rappresentanza e della forma di governo, perché un sistema possa dirsi democratico.

4. Il rafforzamento dei poteri del Parlamento nazionale

Da tali premesse la Corte di Karlsruhe, ribadendo che l'Unione è una Federazione di Stati sovrani, e non uno Stato sovrano essa stessa (affermazione difficilmente contestabile sul piano giuridico, nonostante alcuni acrobatici tentativi di considerarla un "*tertium genus*"), trae la prima conseguenza, immediatamente operativa: ogni ulteriore estensione dei poteri dell'Unione rispetto a quelli previsti dal Trattato (possibile secondo i noti meccanismi di cui al Trattato medesimo) richiede il consenso non solo del governo, ma anche del parlamento tedesco.

A differenza di altri, trovo del tutto condivisibile questa conclusione, coerente del resto con una diffusa tendenza (dalla Francia al Regno Unito) (alla quale fa eccezione, come purtroppo ben sappiamo, il nostro Paese) a riconsiderare in via generale, a favore dei parlamenti, l'equilibrio dei poteri che si è venuto determinando nella evoluzione delle democrazie occidentali.

Per questo aspetto, la Corte non contrappone – come erroneamente è stato detto – il parlamento nazionale al parlamento europeo, ma rafforza il primo rispetto al governo nazionale. La sentenza, d'altra parte, lascia aperta la via (evocando però in tal caso il ricorso al referendum) a cessioni di sovranità nell'ipotesi di una evoluzione istituzionale dell'Unione, che la conduca ad assumere i requisiti di democraticità oggi carenti.

5. L'identità costituzionale come sintesi dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale

La seconda importante indicazione di principio, contenuta nella sentenza, riguarda l'approfondimento di una nozione già elaborata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca (e, se è per questo, *mutatis mutandis*, anche da quella italiana e di altri Paesi europei).

Il primato del diritto comunitario su quello nazionale (anche di rango costituzionale), che costituisce com'è noto l'innovazione più importante, ancorché di origine pretoria, introdotta nel sistema delle fonti, incontra un limite: il rispetto dei principi supremi desumibili dal testo costituzionale. L'affermazione, come si diceva, in sé non è nuova; e però viene coniugata con due novità: nella sentenza viene per la prima volta esaminato in modo approfondito il contenuto dei suddetti principi, ed è molto fermo il tono con il quale viene ribadito il ruolo della Corte come garante del loro rispetto.

I giudici parlano di "identità costituzionale tedesca", e la formula è stata criticata, quasi si trattasse di revanscismo nazionalista (è stato scomodato anche Carl Schmitt). In realtà è ben chiaro che l'espressione coincide, nel suo significato giuridico, con quella dei "principi fondamentali del nostro ordinamento", usata agli stessi fini dalla nostra Corte costituzionale da oltre un quarto di secolo.

La diversità è che la Corte tedesca – a differenza della Consulta – si sofferma a indicare quali sono i contenuti dei "principi supremi" che costituiscono i "controlimiti" (per usare il termine che ha avuto fortuna da noi) al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale. Né è da escludere che l'uso ripetuto della formula della "identità costituzionale tedesca" costituisca un'implicita polemica con la formula delle "tradizioni costituzionali comuni" che la Corte di giustizia ha creato negli anni '70 del secolo scorso per fondare la propria giurisprudenza pretoria in materia di tutela dei diritti; giacché in effetti è difficile, come meglio vedremo successivamente, rinvenire nelle decisioni della Corte del Lussemburgo, particolarmente in materia di rapporti tra libertà economiche e diritti sociali, gli echi di quella che è l'effettiva tradizione costituzionale della parte maggiore dei Paesi europei.

6. Il principio dello Stato sociale come principio fondamentale, e il deficit sociale dell'Unione

Nel definire i principi supremi, imm modificabili dal diritto comunitario come dallo stesso procedimento di revisione costituzionale, la sentenza include il principio dello Stato sociale: nella determinazione dei caratteri fondamentali delle "condizioni sociali di vita" dei cittadini tedeschi, il diritto comunitario non può prevalere su quello nazionale.

Si tratta, come si vede, di una risposta "forte" (ancorché temperata dall'affermazione che finora non vi è stata una lesione "europea" dei diritti

sociali fondamentali); ma di una risposta a un tema – come ricordato all'inizio – da tempo al centro del dibattito pubblico sull'Europa: il tema del deficit sociale dell'Unione.

Concorrenza tra ordinamenti, dumping sociale, abbandono del piano Delors, fallimento dell'Agenda di Lisbona, giurisprudenza liberista della Corte di Giustizia: sono tra i fattori che hanno concorso (con le politiche monetariste) a ridurre, nell'ultimo ventennio, le tutele sociali e i diritti dei lavoratori, e che hanno così contribuito alla crescente crisi di legittimazione dell'Unione presso strati sempre più ampi di cittadini europei.

Il principio dello Stato sociale fa dunque parte, per i giudici tedeschi, di quelli che non possono essere derogati dal diritto europeo, con la conseguente competenza della Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità delle norme comunitarie che risultassero lesive di quei principi.

Il fondamento normativo dell'enunciato è ineccepibile. La costituzione tedesca, infatti, come si è visto, indica lo Stato sociale come principio fondamentale sia nell'art. 20 (contenuto nella formulazione originaria del GG); sia nell'art. 23 (introdotto nel 1992 in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht); sia – per rinvio all'art. 20 – nell'art. 79.III, che pone i limiti della revisione costituzionale.

7. Il conflitto tra principio liberista e principio sociale nell'ordinamento costituzionale italiano: l'esempio dell'indennità di esproprio (Corte cost. 348/2007)

E' possibile trarne dalla sentenza della Corte di Karlsruhe qualche indicazione per l'ordinamento italiano?

A differenza dei giudici costituzionali tedeschi, quelli italiani non hanno mai tentato una definizione organica dei “principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico” e dei “diritti inalienabili della persona umana” che, anche nel nostro ordinamento, non possono essere modificati dalle norme comunitarie, che sotto tale profilo restano quindi “soggette al sindacato” della Consulta. In particolare, non si sono pronunciati sulla appartenenza (o meno) al nucleo ordinamentale imm modificabile dei principi e dei diritti sociali previsti dalla nostra Carta fondamentale.

Naturalmente, potrebbe ritenersi che si tratti di un tema meramente teorico, se di recente non avessimo avuto una prova molto concreta del contrario. Mi riferisco alla sentenza n. 348 del 2007 in tema di indennità

di espropriazione.

Il problema riguardava, com'è noto, l'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'art. 1, primo protocollo, Cedu, in tema di garanzie della proprietà privata; ed è quindi apparentemente estraneo al rapporto con il diritto dell'Unione.

Al riguardo occorre peraltro fare tre considerazioni. La prima è che l'entrata in vigore del Trattato recepirà la normativa Cedu nel diritto dell'Unione; è probabile, di conseguenza, che la rilevanza di essa (e della giurisprudenza di Strasburgo) sarà omologata a quella comunitaria, superando la categoria della "norma interposta" ex art. 117, 1° co.

La seconda è che l'orientamento liberista delle due Corti europee è divenuto negli ultimi anni molto simile (anche se non sovrapponibile). Ho affrontato il tema in altra sede. Basti qui ricordare la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia (Laval, Viking, Rüffert, Comm.co. Lussemburgo, ecc.) che ha affermato la prevalenza delle libertà economiche su diritti sociali e del lavoro garantiti dagli ordinamenti nazionali, sulla base di principi che ad alcuni commentatori hanno ricordato la giurisprudenza della Corte suprema USA dell'"era Lochner", precedente il New Deal.

La terza considerazione riguarda la Carta di Nizza. Se il nodo è il rapporto tra principi sociali delle Costituzioni nazionali, e principi liberisti prevalenti nel diritto europeo, quel testo non può essere di aiuto. Qualcuno lo ha definito "paleoliberale" (P. Grossi), altri "postmoderno" (G. Azzariti); è certo comunque che è a esso estraneo quel principio del limite sociale alle libertà economiche e ai diritti patrimoniali, che caratterizza non solo la nostra, ma molte costituzioni nazionali europee.

Ebbene, con la sentenza n. 348 del 2007 la Corte costituzionale si è sentita tenuta a modificare la propria giurisprudenza in materia di indennità di espropriazione, dichiarando illegittima la stessa norma, che in una precedente decisione aveva ritenuto conforme alla Costituzione.

Per la "tradizione costituzionale italiana" (l'interpretazione che leggi, giudici e dottori hanno dato per sessant'anni dell'art. 42), l'indennità di esproprio deve costituire un punto di equilibrio tra interesse privato e interessi generali. Lo stesso principio è affermato dall'art. 14.III GG. (per il quale "l'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto temperamento fra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti"). Per la giurisprudenza Cedu, invece, il principio è quello della nostra legge del 1865 (peraltro già derogata successivamente, come si sa, nel sessantennio che precede la Costituzione): l'indennità deve corrispondere al valore venale del bene.

Quale principio, tra i due, deve ritenersi vigente nell'ordinamento giu-

ridico italiano? E, naturalmente, l'esemplificazione rimanda a un quesito più ampio: il limite dell'utilità sociale ex art. 41, e il principio della funzione sociale ex art. 42, sono ancora vigenti, o sono stati abrogati dal diritto comunitario, come alcuni autori cominciano a sostenere?

8. *“Governo dei giudici” e costituzione sociale*

Ho sottolineato, all'interno della lunga motivazione della sentenza, i due aspetti concernenti il principio democratico e la definizione della “identità costituzionale tedesca”, riservata alla sovranità nazionale.

Va ora aggiunto che i due profili sono indubbiamente interrelati.

I principi del neoliberismo giuridico sono stati introdotti negli ordinamenti nazionali a opera prevalentemente dei giudici europei, oltretutto su basi normative assai labili, se si considera il testo dei trattati dai quali sono stati desunti.

Sotto questo profilo, la sentenza di Karlsruhe costituisce la prima significativa reazione istituzionale alla stagione del “governo dei giudici” europei: ed è in questa chiave che va a mio avviso apprezzata, più che nel quadro dei non semplici rapporti tra giudici nazionali e sovranazionali.

La stagione del “governo dei giudici” europei si apre, com'è noto, negli anni '70, con l'affermazione da parte della Corte di giustizia di due principi che erano privi di base normativa nei Trattati: il primato del diritto comunitario su quelli nazionali, e la rivendicazione della competenza in materia di “diritti fondamentali”. Come già si è accennato, per questo secondo principio la Corte di giustizia assume come riferimento una “tradizione costituzionale comune” ai paesi europei, che certamente esiste per i diritti di libertà, ma non per i diritti sociali nel loro rapporto con le libertà economiche e i diritti patrimoniali.

Innovazioni, quelle introdotte dai giudici del Lussemburgo, che furono utili per accelerare il processo di integrazione europea, ma che appaiono insostenibili, nella forma che sono venute progressivamente assumendo, a fronte del deficit di legittimazione democratica dell'Unione.

I giudici tedeschi hanno affrontato esplicitamente questi nodi, e chi crede nell'Europa non può far finta di non vederli. Chi crede nell'Europa deve misurarsi con la realtà di un'Unione incapace di decidere persino di fronte alla crisi sistemica in corso. Incapace di farlo perché i suoi meccanismi decisionali impediscono la definizione di politiche fiscali e sociali

comuni, e perché la tavola dei valori di coloro che i poteri decisionali li hanno (la BCE, i controllori del patto di stabilità, la direzione generale sulla concorrenza, la Corte di giustizia) è impregnata di liberismo e di monetarismo, cioè di principi sulla base dei quali non è possibile dare una risposta europea alla crisi. E infatti, le risposte sono date dagli Stati nazionali, ciascun per sé.

9. Due auspici conclusivi, per l'Italia e per l'Europa

Quanto alle ripercussioni sull'ordinamento italiano, mi limito qui ad esprimere l'auspicio che le nostre massime giurisdizioni svolgano anch'esse con coraggio il compito che loro compete di verificare la rispondenza del diritto comunitario ai principi della Costituzione italiana, alle garanzie che essa appresta ai diritti sociali e ai diritti dei lavoratori, ai limiti di carattere sociale che il secondo comma dell'art. 41 e dell'art. 42 pongono alle libertà economiche e alla proprietà privata.

L'intreccio tra costituzione economica e costituzione sociale, che trova peculiare espressione nel limite dell'utilità sociale all'iniziativa economica e nel principio della funzione sociale della proprietà privata, fa parte dei "principi supremi", dei "controlimiti" al diritto europeo? Questo tema – che corrisponde a quello affrontato dai giudici tedeschi – non è più eludibile anche per l'ordinamento italiano.

Infine, ma non per ultimo: dalla Germania vengono buone notizie per l'Europa, se ci si renderà conto che il processo di integrazione deve affrontare in modo risoluto ed esplicito i due nodi sollevati dai giudici tedeschi: dare all'Europa istituzioni democratiche, nonché principi giuridici e competenze che includano quanto è necessario per preservare e rilanciare il modello sociale europeo.

Il compito è difficilissimo, può anzi apparire irrealizzabile: ma senza un salto di qualità dell'impegno europeista il vicolo è cieco, e non sarà rivedendo le bucce alla sentenza della Corte Costituzionale tedesca che si aprirà la strada per quell'Europa federalista, democratica e sociale che dal Manifesto di Ventotene in poi è stata indicata, finora senza successo, da chi sapeva guardare lontano.

*Diritto europeo e responsabilità civile**

1. L'esigenza di dare una nuova razionalità al sistema della responsabilità civile, semplificando e, per così dire, armonizzandolo, è oggi fortemente avvertita nell'ambito dei diritti nazionali, anche indipendentemente dal tema dell'unificazione del diritto europeo¹.

Nel nostro paese, il diritto della responsabilità civile risente della tensione derivante da oltre due decenni di profonde e significative innovazioni del diritto effettivamente vigente. La giurisprudenza della Corte di Cassazione e quella costituzionale hanno anzitutto, com'è noto, revisionato integralmente una nozione, quella di danno risarcibile, che era sembrata per oltre un secolo pacifica e incontestata. L'interpretazione di clausole generali e figure giuridiche, come quelle di danno ingiusto, danno non patrimoniale, danno morale, danno biologico, ecc., resta peraltro per più versi aperta e controversa; e lo stesso può dirsi di delicati problemi operativi, a partire da quelli concernenti l'*an* e il *quantum* del risarcimento nelle diverse figure riconducibili al danno alla persona. Anche il sistema dell'imputazione della responsabilità non ha trovato un assetto definitivo: il principio della colpa ha superato una fase nella quale sembrava dover abbandonare – almeno in alcuni campi, a partire da quella della responsabilità per i danni d'impresa – la funzione di norma generale; sarebbe tuttavia molto opinabile parlare ancora di un primato di quel principio, la cui stessa unitarietà interna è d'altronde messa in discussione da una giurisprudenza che in alcuni casi lo intende in una dimensione rigorosamente oggettiva e sociale, spingendosi in altri – si pensi alla lesione extracontrattuale del contratto – all'estremo opposto di esigere l'intenzionalità per attivare la responsabilità dell'autore del fatto lesivo. E gli esempi potrebbero continuare.

Gli interventi legislativi, d'altra parte, hanno aggravato la complessità del sistema e ne hanno accentuato la disarmonia. Pur partendo dalla giusta intuizione di prevedere regole peculiari a settori individuati sulla base non delle categorie giuridiche, ma di quelle della vita reale, quegli interventi hanno operato scelte prive di coerenza con il sistema e spesso tecnicamente

* Pubblicato in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, 29 ss.

¹ Si v. ad esempio, per il dibattito negli USA, la raccolta di scritti in P.H. SCHUCK, *Tort Law and the Public Interest. Competition, Innovation, and Consumer Welfare*, New York, London, 1991.

infelici, costringendo la dottrina a dibattiti complessi e di esito controverso: basti pensare alla confusione tra risarcimento per equivalente, pena privata e *restitutio in integrum* che emerge dalla disciplina del risarcimento dei danni all'ambiente.

Vi sono, insomma, tute le ragioni di diritto interno per interrogarsi sull'opportunità di una riorganizzazione normativa della responsabilità per danni, al fine di recuperare valori di certezza del diritto e di uniformità del trattamento che appaiono oggi compromessi. Né l'impresa appare impossibile, ove si consideri l'elevata qualità dei risultati raggiunti anche in questa materia là dove ci si è cimentati con la ricodificazione del diritto privato. Il nuovo Codice civile dei Paesi Bassi dimostra che l'eclettismo rispetto alle diverse tradizioni continentali, ed il contemperamento tra clausole generali e regole specifiche per i moderni conflitti di interesse possono produrre risultati di notevole qualità. Quel testo infatti recepisce idee e suggestioni tanto dal modello francese quanto da quello tedesco; ed assume altresì organicamente temi come quello della responsabilità del produttore e per sostanze pericolose.

2. A chi condivide l'esigenza di una riorganizzazione del diritto della responsabilità extracontrattuale, appare però subito evidente come sia privo di senso affrontarla oggi a livello di Stato nazionale. E ciò non solo per una ragione di impegno culturale e civile, che invita i giuristi europei a concorrere a dare all'Unione europea fondamenti non solo monetari ed economici, bensì anche giuridici e istituzionali il più possibile comuni a tutti i cittadini dell'Unione. Ma anche perché oggi costruire il nuovo diritto della responsabilità civile prescindendo dal dato europeo significherebbe costruire sulla sabbia. Le istituzioni europee producono norme che hanno direttamente o indirettamente ad oggetto la nostra materia, sia attraverso gli strumenti normativi di cui dispongono, sia per il tramite della giurisprudenza comunitaria².

Se però si considera quanto finora prodotto a livello europeo in materia

² Si consideri, per tutti, il tema della responsabilità civile dello Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria: v. Corte giust. Ce, 26 marzo 1996, causa C - 392/93, in *Foro it.*, 1996, IV, cc. 321 ss.; 10 luglio 1997, cause C - 373/95; C - 94/95; C - 261/95, *ivi*, 1998, IV, cc. 213 ss.; per il "seguito" di diritto interno Cass. civ., 10 febbraio 1998, n. 1366 e 9 gennaio 1997, n. 133, *ivi*, I, cc. 1469 ss. In genere, sul concorso della giurisprudenza comunitaria nella costruzione del "diritto privato europeo" v. N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, pp. 58 ss.

di responsabilità per danni, è facile avvedersi che i difetti ed i seri inconvenienti prima segnalati con riferimento all'evoluzione del diritto italiano ne sono stati tutt'altro che ridotti, ma piuttosto aggravati.

Limiterei le mie riflessioni, sotto questo profilo, alla responsabilità del produttore³. La normativa italiana del 1988 ha aggravato quella complessità e incertezza del sistema, alla quale facevo prima riferimento. L'imputazione della responsabilità da essa prevista è considerata irriducibile ad un criterio unitario, variando a seconda del tipo di difetto che ha cagionato il danno; né è coordinata con il sistema del Codice, apparendo anzi per alcuni versi più restrittiva rispetto al criterio posto dall'art. 2050; al punto che la giurisprudenza ha correttamente ritenuto preferibile ricorrere al secondo anziché al primo, per affermare la responsabilità per la produzione e commercializzazione di farmaci rivelatisi pericolosi⁴.

L'individuazione del danno risarcibile, a sua volta, è operata – creando ulteriori discrasie rispetto al sistema del Codice – con riferimento non alle figure dell'ingiustizia e della patrimonialità, ma alla descrizione del fatto lesivo nella sua materialità (morte, lesioni personali, distruzione o deterioramento di una cosa), lasciando il dubbio se in tal modo si apre la via ad una più avanzata tipizzazione del fatto lesivo, ovvero si sia in presenza di una regressione episodica ad un modo di legiferare tipico dei diritti premoderni.

Né sarebbe giusto rivolgere queste critiche prevalentemente al legislatore italiano, per le scelte operate in sede di definizione delle norme attuative; giacché le radici di esse risiedono nel testo medesimo della direttiva, e nelle scelte in quella sede operate; ed anzitutto nella scelta – insita del resto nello strumento adottato – di limitarsi a rendere più vicini, e non uniformare, i diritti degli Stati membri (oltre che alle pressioni esercitate dalle *lobbies* interessate a contenere le previsioni di responsabilità). Di fronte al contrasto tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi europei, in ordine ai criteri sia per l'affermazione che per la determinazione quantitativa della responsabilità, la direttiva ha operato scelte, da un lato, poco incisive ai fini dell'armonizzazione effettiva del diritto europeo (tanto che, dopo le attuazioni della direttiva, le discipline della responsabilità del produttore continuano a essere diverse, ed in punti non irrilevanti, nei diversi diritti nazionali);

³ Cfr. per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, pp. 271 ss.; G. PONZANELLI, *Diritto europeo, diritto comunitario e diritto comparato: il caso della responsabilità civile*, in *Scintillae Juris. Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano, 1994, pp. 1509 ss. Per uno sguardo d'insieme A. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., II, pp. 975 ss.

⁴ Cass., 20 luglio 1993, n. 8069, in *Foro it.*, 1994, I, c. 455; Cass., 1^o febbraio 1995, n. 1138, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 144.

dall'altro, tali da prestarsi comunque a una disciplina attuativa che ha finito per complicare, anziché semplificare, ciascun diritto nazionale⁵.

Anche la recente proposta di direttiva sulla responsabilità dei prestatori di servizi ha suscitato serrate critiche sia sul versante della qualità giuridica, sia su quello "politico" della idoneità al fine di una migliore tutela dei consumatori⁶.

Questa valutazione può del resto essere estesa – ma sul punto si tornerà – ad un giudizio d'insieme sulle direttive fin qui emanate nella materia privatistica: "frammenti di diritto – più o meno – uniforme, inseriti alquanto disorganicamente e in modo confuso e incoerente nei rispettivi diritti nazionali. Invece di averne guadagnato in coerenza, razionalità e prevedibilità, la normativa è diventata meno coordinata. La sua applicazione non è stata semplificata ma ha, al contrario, acquisito una nuova dimensione di complessità"⁷.

3. Com'è stato notato⁸, da tale vicenda potrebbero trarsi due indicazioni contrapposte. La prima condurrebbe a considerare sbagliata la via dell'armonizzazione, e a suggerire pertanto di limitare l'attività normativa dell'Unione a quanto appaia rigorosamente necessario al fine di adempiere a specifiche previsioni del Trattato. Ma, all'opposto, si potrebbe osservare che il compito da affrontare, affinché anche nei singoli settori dove occorre una disciplina comune l'esito dell'innovazione sia positivo, è proprio quello di armonizzare i principi e le regole fondamentali del diritto della responsabilità nei diversi Paesi, come premessa indispensabile per una comune normazione di settore: il tema, insomma, che viene evocato quando si pone l'obiettivo di un Codice civile europeo⁹.

⁵ Cfr. G. HOWELLS, *Product Liability*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen - Dordrecht, 1994, pp. 313 ss.

⁶ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 349 ss.; A. STOPPA, *La responsabilità del prestatore di servizi in base ad una recente proposta di direttiva comunitaria*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private*, Napoli, 1995, pp. 463 ss.

⁷ R. ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science*, in *Law Quart. Rev.*, 112 (1996), pp. 581 ss.

⁸ Cfr. HOWELLS, *Product Liability*, cit., 320 ss.; E. HONDIUS, *Towards a European Civil Code*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., p. 9, 11.

⁹ In arg. cfr., oltre i saggi raccolti in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU

Per la verità non mancano importanti opinioni in senso diverso, di chi cioè ritiene che la via delle direttive rimanga l'unica realisticamente perseguibile, e segnala se mai nuovi temi di interventi¹⁰. È questa, d'altronde, l'opinione in passato prevalente: ricordo per tutte le considerazioni di Kahn-Freund, pubblicate venti anni or sono¹¹. Lo studioso segnalava come fosse più facile negoziare sui dettagli che non sui principi; e indicava, per quanto concerne la responsabilità per danni, le materie dei prodotti difettosi e degli incidenti di circolazione come tali da consentire pragmatiche intese, senza dover mettere in discussione "barriere intellettuali" derivanti da differenze profondamente radicate nella storia dei diversi Paesi europei.

La mia opinione – espressa peraltro con la cautela imposta da un tema che non consente facili scorciatoie – è più vicina a quella di coloro che non ritengono persuasiva tale indicazione di percorso. Anzitutto per il giudizio critico che è giusto manifestare nei confronti della idoneità – tanto politica, quanto tecnico-giuridica – delle autorità, alle quali è oggi affidato il compito di emanare le normative comunitarie¹².

La frammentarietà e la debolezza – se non anche l'inconsistenza teorico-sistemica, come pure è stato detto – dell'ordinario intervento normativo delle burocrazie comunitarie – che dovrebbe fare giustizia, sia detto tra

PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., variamente: L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per L'Europa?*, Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n. 7, 1993, Roma e in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 515 ss.; E-H. RITTER, *Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? Legislative und gerichtliche Wege*, in *Zeitschrift f. Rechtsvergl.*, 1995, pp. 119 ss.; G. IUDICA, *Per un diritto europeo di principi generali*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, III, pp. 1971 ss.; H. COLLINS, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 3 (1995), pp. 353 ss.; C. CASTRONOVO, *I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di Codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, pp. 21 ss.; P. LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil Européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 779 ss. [e ID., *Against a European Civil Code*, in *Mod. Law Rev.*, 60 (1997), pp. 44 ss.]; G. ALPA (a cura di), *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, pp. 654 ss.; J. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa dir. priv.*, 1998, pp. 171 ss.; B.S. MARKESINIS, *Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, in *Eur. Rev. Pr. Law*, 6 (1998).

¹⁰ Ad es., gli incidenti causati dalla circolazione stradale: A. TUNC, *Traffic Accident Compensation*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., pp. 325 ss.

¹¹ O. KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law. Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Publications of the European University Institute, Leyden-London, 1978, pp. 137 ss.

¹² Cfr. C. VON BAR, *A Common European Law of Torts*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n. 19, Roma, 1996; LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil Européen*, cit.; ID., *Against a European Civil Code*, cit.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, cc. 60 ss.

parentesi, del diffuso convincimento secondo il quale la tecnocrazia garantirebbe una qualità della normazione superiore, rispetto a quella prodotta nelle sedi rappresentative – non può d'altra pare condurre a contestare *in toto*, come pure è stato fatto¹³, ogni progetto di codificazione. L'esito negativo non è infatti scritto nelle cose, perché un progetto così ambizioso, quale quello di un'effettiva armonizzazione del diritto privato europeo, non può certamente essere affidato alla burocrazia comunitaria; e neppure alle scelte episodiche connesse alla normazione attraverso direttive: una normazione rispetto alla quale la decisione di procedere alla regolazione è assunta sulla base della attualità politica di un problema, ma in assenza di una concezione coerente della legislazione nel diritto privato¹⁴. L'ipotizzato Codice civile europeo richiede invece, da un lato, il preliminare e decisivo ruolo della comunità scientifica europea; dall'altro, un'assunzione di responsabilità politico-istituzionale adeguata all'obiettivo – tutto "politico" – dell'unificazione del diritto privato europeo.

Del resto, la spinta in questa direzione è emersa proprio dalle sedi rappresentative, e anzitutto dal Parlamento europeo, che ha approvato risoluzioni per la codificazione del diritto privato europeo prima nel 1989, e poi nel 1994; e da alcuni governi nazionali. Che il metodo della collaborazione tra comunità scientifica e sedi decisionali politiche possa produrre risultati qualitativamente positivi è poi dimostrato, a livello nazionale, dalla già ricordata codificazione dei Paesi Bassi; e, a livello sovranazionale, dall'opera compiuta là dove, come in alcuni campi del diritto contrattuale, si è appunto adottato tale metodo.

Mentre è difficile dubitare del giudizio critico di chi osserva¹⁵ che le direttive comunitarie, proprio in quanto prive per definizione di un preesistente quadro unitario di riferimento, sono disarmoniche anche al proprio interno, restano come *corpora* isolati nei diritti degli Stati membri, rischiano di ostacolare, anziché favorire, il processo di armonizzazione. E probabilmente questo è vero, anche in prospettiva, più per il diritto della responsabilità extracontrattuale che per quello dei contratti. Mentre per il secondo, infatti, le tipologie contrattuali sembrano consentire una distinzione sufficientemente chiara tra "parte generale" e "parte speciale", non altrettanto sembra possibile per il primo.

¹³ In particolare da Legrand (v. *supra*, nota 9).

¹⁴ P-C. MÜLLER-GRAFF, *Private Law Unification by Means other Than of Codification*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., pp. 19 ss.

¹⁵ C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktstrecht*, I, München, 1996, pp. 389 ss.

4. Nel Convegno organizzato lo scorso anno dalla Presidenza olandese dell'Unione europea sul tema del Codice civile europeo, E. Hondius, autore della relazione introduttiva, ha riproposto le tre domande già contenute nella sua relazione all'opera collettiva *Towards a European Civil Code* del 1994¹⁶. Esiste un fondamento costituzionale per un Codice civile europeo nei trattati che sono alla base dell'Unione europea? È quest'obiettivo realizzabile? Ed è, infine, desiderabile?

Per quanto concerne il primo aspetto, mi limito qui a ricordare che il Trattato di Maastricht, se ha eliminato alcuni dubbi, che pure erano stati sollevati con riferimento alla responsabilità del produttore, ne ha introdotto uno nuovo, che può sintetizzarsi nel quesito sul rapporto tra principio di sussidiarietà e diritto civile: non dovrebbe il primo richiedere che il secondo sia lasciato agli Stati membri?¹⁷ Devo confessare che, riflettendo su tale domanda, i dubbi sulla consistenza e sulla concreta utilità precettiva del principio di sussidiarietà¹⁸ aumentano; ma non intendo affrontare il tema *ex professo*, se non per segnalare, come nuovo e rilevante argomento di riflessione per la giusciviltistica, l'analisi del rapporto tra due norme-chiave del Trattato, gli articoli 3(b) – sussidiarietà – e 3(h) – “approssimazione” dei diritti degli Stati membri – alla luce di una moderna concezione del diritto civile.

5. Per quanto concerne il quesito sulla fattibilità di una codificazione del diritto europeo della responsabilità extracontrattuale, è noto che la principale obiezione, mossa in generale all'idea della codificazione europea, concerne la diversità dei diritti nazionali, che sarebbe tale da rendere ogni ipotesi di unificazione un'utopistica avventura destinata al fallimento, uno spreco di energie e risorse che potrebbero più utilmente essere destinate a compiti più circoscritti, ma forieri almeno di concreti risultati.

Al giurista italiano questa obiezione di fondo evoca peraltro subito alla mente la risposta che può venire dall'elaborazione pluridecennale di Rodolfo Sacco, che ha trovato un momento di sintesi proprio in un Convegno sul diritto privato europeo¹⁹. Nel riflettere sulle “premesse per

¹⁶ HONDIUS, *Towards a European Civil Code*, cit., p. 2.

¹⁷ COLLINS, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, cit., p. 353.

¹⁸ V., dal punto di vista dell'economista, M. MARÈ, M. SARCINELLI, *Europa: cosa ci attende? L'Unione Europea tra mercato e istituzioni*, Roma-Bari, 1998, pp. 16, 102 ss.

¹⁹ R. SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo. Le premesse per un codice europeo*, in L. MOCCIA (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive (Atti del Convegno internazionale, Macerata 8-10 giugno 1989)*, Milano, 1993, pp. 87 ss.

un codice europeo”, egli ribadiva l’opinione per la quale le differenze tra i sistemi giuridici europei non dipendono da contrasti politici o da peculiarità sociologiche, economiche o etico-religiose; ma hanno origine nelle enunciazioni o costruzioni teoriche, con cui tradizionalmente sono spiegate e sistemate (dagli studiosi, ma anche da codici e leggi) le “regole operazionali”, ossia il diritto effettivamente vigente. Quest’ultimo è spesso uniforme nei diversi Paesi, anche in materia o per problemi dove invece sussistono contrapposizioni concettuali tanto evidenti quanto poco rilevanti ai fini operativi. Alla scienza giuridica è quindi affidato il compito di unificare anzitutto i modi di conoscenza e di sistemazione del diritto, di sgombrare il campo – verrebbe da dire – dagli ostacoli che essa medesima ha creato nel tempo. Su una tale base, il legislatore uniforme potrebbe poi operare, e non in settori specifici, ma con l’ambizioso compito di unificare le linee essenziali dei vari istituti.

Anche qualora non si dovesse condividere fino in fondo questa impostazione – e in effetti tra le regole operazionali in tema di responsabilità per danni vigenti nei diritti europei rimangono diversità non di poco conto, e non facilmente sormontabili non solo per fattori culturali, ma altresì per la rilevanza degli interessi, anche economici, coinvolti – a me pare che essa sia comunque molto fruttuosa, su due versanti almeno. In primo luogo, in quanto invita la cultura giuridica a distinguere tra diversità di modelli e di categorie, e diversità di regole operazionali effettivamente vigenti. In secondo luogo, perché indica il decisivo e preliminare compito della comunità scientifica europea: un dialogo tra giuristi dei diversi paesi, che si proponga di costruire, partendo dalla ricchezza delle tradizioni culturali nazionali, una comune identità europea del diritto civile. È questa effettivamente una premessa indispensabile per l’opera del legislatore europeo, che apparirebbe allora non come espressione dell’“arroganza” ed “illusorietà” di chi vuol distruggere il pluralismo giuridico-culturale degli Stati membri²⁰ – “opera forse più di Sisifo che di Ercole”²¹, ma, al contrario, potenziale espressione del prodotto migliore delle trazioni nazionali. È indubbio, infatti, che obiettivo del diritto uniforme è superare le differenze, alla ricerca della soluzione migliore; e che del resto solo la “soluzione migliore” ha in sé la forza di superare la forte e naturale resistenza, nei singoli sistemi giuridici nazionali, ad abbandonare modelli e regole consolidate in decenni, quando non in secoli²².

²⁰ LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil Européen*, cit., pp. 803 ss.

²¹ KAHN-FREUND, *Common Law and Civil Law*, cit., p. 143.

²² BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, cit., p. 187.

6. La prima grande questione, sotto questo profilo, concerne, com'è noto, l'alternativa tra sistemi di *common law* e sistemi codificati. L'assenza, ed anzi l'ostilità diffusa nell'ambiente giuridico inglese verso l'idea di un codice, unita alla ben nota tiepidezza – per usare un eufemismo – della Gran Bretagna nei confronti di ogni progresso dell'integrazione europea che implichi l'abbandono di tradizioni nazionali profondamente radicate, costituisce probabilmente il maggior ostacolo all'unificazione del diritto privato europeo.

Non può però dirsi che il *common law* sia intrinsecamente irriducibile alla logica della codificazione. Non solo perché il tema si è posto, anche se finora senza successo, anche in quel Paese²³, ma anche per l'esperienza statunitense (ripresa in questi anni in Europa) dei *restatements*: nel nostro campo, l'*American Restatement on Torts*²⁴ dà l'idea di come le regole di quel diritto della responsabilità possano essere tradotte in forma di articoli.

Vanno però tenuti presente, anche sulla base delle differenze non secondarie tra il diritto inglese e quello statunitense dei *torts*²⁵, alcuni fattori. In primo luogo, il rilevante peso che conserva nel primo la derivazione dalle forme medievali di azione, con effetti di frammentazione e compartimentalizzazione talvolta sorprendenti (ad esempio, i sei titoli nei quali è ancora suddiviso il più antico dei *torts*, quello di *trespass*). In secondo luogo, l'estrema lentezza nell'evoluzione giurisprudenziale (eccessivo conservatorismo per alcuni, saggio gradualismo per altri), rispetto alle giurisprudenze continentali (e anche a quella statunitense). Di conseguenza, ampi settori che altrove fanno da tempo parte dell'area coperta dal rimedio aquiliano, sono invece rimasti estranei alla *tort law* inglese.

In generale, tuttavia, è diffusa²⁶ la tesi – se non proprio di una “distinzione superata” – quanto meno di una “graduale convergenza” tra le due sponde della Manica²⁷.

²³ Recente è la pubblicazione del lavoro, commissionato peraltro nei lontani anni '60, di H. MCGREGOR, *Contract Code: Drawn up on Behalf of the English Law Commission*, Milano, 1993.

²⁴ Del quale è di recente iniziata (con la parte dedicata alla Products Liability) la pubblicazione della terza edizione.

²⁵ B.S. MARKESINIS, *Tort Law*, 3a ed., Oxford, 1994, pp. 353 ss.

²⁶ Anche se non incontrastata: si vedano i recenti saggi, molto polemici, di Legrand, citati *supra*, nota 9. Cfr. P. GALLO, *La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, pp. 473 ss.

²⁷ Cfr., rispettivamente, J. GORDLEY, “*Common Law*” v. “*Civil Law*”: una distinzione che va scomparendo?, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, cit., pp. 559 ss.; MARKESINIS, *Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law*, in *Law Quart. Rev.*, 109 (1993), pp. 621 ss.

E ciò anche sul piano dei modelli di formazione delle norme. Esaminando infatti la produzione legislativa recente in materia di diritto privato in Gran Bretagna, e comparandola con quella dei Paesi continentali, ci si è avveduto che la differenza di tecnica normativa rischia di essere enfatizzata da coloro “il cui reale scopo è di sconfiggere la dichiarazione di *torts rules* comuni alla maggior parte dei paesi europei”²⁸.

7. Dall’ esame della produzione legislativa recente nei Paesi europei emerge anzi l’ indicazione di un possibile modello per la codificazione europea del diritto della responsabilità extracontrattuale²⁹. Il Codice dovrebbe contenere norme generali, secondo un modulo stilisticamente simile a quello dei Paesi Bassi, accompagnate da normative di settore, fondate prevalentemente su criteri oggettivi di responsabilità.

Rispetto a tale proposta si può anzitutto notare che, in effetti, l’ idea di “ridurre al minimo il gioco delle norme elastiche” nel diritto privato europeo, al fine di evitare il riprodursi delle diversità in sede di applicazione da parte delle giurisprudenze dei diversi Paesi³⁰, appare difficilmente perseguibile nella responsabilità extracontrattuale, che sulle norme generali è in larga misura fondata. Il rischio segnalato tuttavia è reale; la soluzione non sembra poter essere diversa da quella – che coerentemente dovrebbe accompagnarsi alla costruzione del diritto privato uniforme – dell’ istituzione di una Corte Suprema europea, con funzioni diverse dalla Corte di giustizia, e cioè con il compito specifico di favorire l’ uniforme interpretazione ed applicazione di quel diritto³¹.

Naturalmente, la stessa ripartizione della responsabilità extracontrattuale tra norme generali e statuti di settore implica scelte di politica legislativa su questioni di fondo. Ad esempio, la proposta alla quale ho fatto riferimento, che potrebbe apparire poco più che metodologica, esprime poi una chiara indicazione di politica legislativa quando si precisa che per tale via andrebbe ripristinata – altri direbbe, ribadita – l’ attribuzione alla colpa del ruolo di regola generale dell’ imputazione della responsabilità.

²⁸ B.S. MARKESINIS, *Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, cit.

²⁹ B.S. MARKESINIS, *General Theory of Unlawful Acts*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., pp. 290 ss.

³⁰ SACCO, *Il sistema del diritto privato europeo*, cit., p. 98.

³¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Aspetti del “diritto comune europeo”*, in *Scintillae Juris. Studi in memoria di G. Gorla*, cit., p. 1101, nota 50.

Insieme al dolo, la “vera” colpa – intendendo per tale un principio normativo nel quale sussumere le condotte effettivamente meritevoli di biasimo morale, e non gli errori inevitabili, che oggi il diritto vigente riconduce invece alla medesima clausola generale³² – dovrebbe costituire il principio generale di responsabilità; al quale accompagnare una serie di statuti di responsabilità oggettiva (costruiti peraltro come non “eccezionali”, e quindi suscettibili di applicazione analogica), aventi ad oggetto le evenienze dannose più frequenti nelle società contemporanee (infortuni sul lavoro, incidenti del traffico, danno da trattamento medico). Tali statuti potrebbero altresì prevedere fondi sociali di compensazione e massimali del *quantum* risarcitorio.

Non entro qui nel merito di questa impostazione³³. Mi interessa però segnalare come ne emerga che l’elaborazione del diritto uniforme potrebbe (e questo ne dovrebbe anzi essere, come già notato, uno dei fondamentali obiettivi) condurre all’armonizzazione attraverso l’adozione non della soluzione statisticamente prevalente nei diritti dei paesi europei, ma della soluzione che, muovendo dai dati legislativi, giurisprudenziali e culturali delle diverse esperienze nazionali, porti a migliorare, per così dire, la qualità complessiva di ciascuna di tali esperienze, anche sotto il profilo della semplificazione e della chiarezza delle scelte normative. Un compito di armonizzazione, quindi, ma anche di costruzione di quella nuova razionalità che, se risponde al vero quanto detto all’inizio, appare necessaria anche quando ci si limiti a considerare lo stato del diritto della responsabilità extracontrattuale in ciascun Paese prescindendo dalla dimensione europea.

Non è questa la sede per insistere sulle scelte ipotizzabili, e neppure per una rassegna delle convergenze e divergenze delle regole operazionali nei diritti nazionali europei. Mi limito ad un’enunciazione di alcuni titoli, per i quali incertezze, e diversità di scelte operative nei diversi sistemi, mi sembrano particolarmente rilevanti: i profili di risarcibilità, e i corrispondenti criteri di quantificazione, del danno alla salute³⁴; le diverse clausole di rilevanza del danno non patrimoniale; i cosiddetti danni meramente economici; la

³² Mi permetto di rinviare in proposito a C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, pp. 109 ss.

³³ Che ha molti punti in comune con il modello di imputazione della responsabilità proposto da F. D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 41 ss.

³⁴ Cfr. G. ALPA, *Il danno alla persona oltre le esperienze nazionali. Una prospettiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 325 ss. Le incertezze e le diversità sono del resto presenti anche all’interno dei diversi diritti nazionali: si v., per un esempio recente, il problema della misura dell’indennizzo per i soggetti danneggiati a seguito di vaccinazione: Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 1370 ss.

rilevanza o meno del concorso della vittima; i presupposti, ed il reciproco rapporto, tra i rimedi (risarcitorio, inibitorio, di rettifica, punitivo) esperibili a tutela della riservatezza e della reputazione; l'ambito e i presupposti della responsabilità dei minori e di quella degli infermi di mente, nonché dei genitori e dei custodi degli incapaci; e l'elenco potrebbe continuare³⁵.

Si può aggiungere – come ulteriore freno a valutazioni eccessivamente ottimistiche circa l'attuale livello di uniformità dei diritti nazionali della responsabilità extracontrattuale – che quella aquiliana è forse la materia civilistica nella quale maggiore incidenza assume il raccordo con il diritto pubblico. E ciò sotto il duplice profilo: il ruolo dei principi costituzionali – che è stato molto rilevante in Italia ed anche in Germania, a differenza che in altri Paesi – e il rapporto con altri sistemi di compensazione dei danni (assicurazione e varie forme di solidarietà sociale)³⁶. È evidente che è difficile immaginare un'armonizzazione del diritto della responsabilità extracontrattuale che non affronti anche il tema del coordinamento (e quindi dell'armonizzazione) con le regole assicurative e con quelle della sicurezza sociale. Ma, ancora una volta, non è questa un'esigenza fortemente avvertita anche a livello di diritti nazionali?

Gli elementi di diversità e i problemi dunque non mancano; e tuttavia non appaiono insormontabili. In particolare, l'esame comparatistico dimostra – per tornare alla pretesa contrapposizione radicale tra diritto inglese e diritti continentali – che quando le regole operazionali contrastano, non è sempre, e forse nemmeno prevalentemente, sulla base del contrasto tra *common law* e diritti codificati. È vero, ad esempio, che nei diritti continentali vige, a differenza della dottrina della *contributory negligence*, il principio della rilevanza del concorso colposo della vittima. Ma in tema invece di responsabilità vicaria del datore di lavoro, è il diritto tedesco a far eccezione alla regola, comune agli altri diritti europei, compreso quello inglese, che ne afferma il carattere oggettivo. Al tempo stesso, anche questa eccezione tedesca si stempera, ove si consideri, da un lato, che la giurisprudenza è estremamente rigorosa nell'ammettere l'esonero del datore di lavoro attraverso la prova liberatoria, prevista dal § 831 BGB; dall'altro, che è stata proposta la riforma di tale disposizione, al fine appunto di adottare una imputazione di tipo oggettivo³⁷.

³⁵ Il recente primo volume della monumentale opera di VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktstrecht*, cit., offre ampio materiale di ricognizione e comparazione.

³⁶ Su questi due aspetti mi sono soffermato in SALVI, *La responsabilità civile*, cit., rispettivamente pp. 23 ss. e 250 ss.

³⁷ Cfr. G. VAN MAANEN, *Vicarious Liability in a European Civil Code*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, cit., p. 305.

8. Non credo, in definitiva, che difficoltà e problemi siano tali da indurre ad abbandonare l'idea stessa della codificazione europea. Va però subito osservato che sarebbe sbagliato considerare tale idea come contrapposta a quella di elaborare il diritto privato europeo sotto forma di *restatement*. Negli ultimi tempi non è mancato chi ha visto invece i due percorsi come alternativi: si è suggerito di abbandonare, come irrealistica o come inutilmente lesiva delle identità culturali nazionali, l'idea di Codice, per concentrarsi sull'attività di elaborazione di uno o più *restatements*.

In proposito si può osservare che è certo vero che i positivi risultati raggiunti dalla Commissione Lando nell'elaborazione dei "Principi di diritto europeo dei contratti" – così come in dimensione mondiale, quelli conseguiti con i Principi *Unidroit* in tema di contratti commerciali internazionali – di per sé soli non consentono di dimostrare la possibilità di costruire il consenso per la definizione di un vero e proprio codice, cioè di un testo, a differenza dei *restatements*, giuridicamente vincolante. È anche vero, però, che quei risultati dimostrano che è possibile, muovendo dalle tradizioni culturali e dai dati normativi dei diritti dei Paesi europei, individuare soluzioni comuni, razionali, e dotate della forza persuasiva, da un lato, insita nella uniformità di regolazione giuridica in Paesi ormai legati da stretti vincoli economici e giuridici, dall'altro, derivante dalla possibilità, per tale via, di un diritto, per così dire, "migliore", perché più semplice e razionale, rispetto a quello di cui oggi ciascun Paese dispone³⁸.

La via di *restatements* elaborati dalla comunità scientifica europea, con il sostegno ma non sotto la direzione delle istituzioni politiche europee (Parlamento e Consiglio dei ministri della Giustizia), sulla base di un'interpretazione ampia del cosiddetto "terzo pilastro" di Maastricht (quello concernente la Politica di cooperazione nella giustizia e negli affari interni), appare insomma non l'alternativa, ma la necessaria premessa della codificazione europea; oltre che opera dotata comunque in sé di grande utilità.

La responsabilità extracontrattuale è oggi uno dei banchi di prova principali della possibilità di estendere questo tipo di elaborazione all'intero diritto privato patrimoniale³⁹.

³⁸ Cfr. O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law*, I, Dordrecht, 1995; BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, cit.; v. in proposito CASTRONOVO, *I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, cit.; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, pp. 1 ss.

³⁹ Nel maggio di quest'anno è stato presentato a Bonn, presso la Deutsche Forschungsgemeinschaft, un progetto che – partendo dal lavoro della Commissione Lando – si prefigge la pubblicazione di un *Restatement* che avrà l'ambizioso titolo di "Codice civile europeo", perché comprensivo dell'intero diritto privato patrimoniale.

È evidente che gli ostacoli istituzionali e giuridici che si frappongono all'unificazione del diritto privato europeo potranno essere superati solo se il terreno sarà stato dissodato dagli studiosi: ai quali spetta sia individuare ciò che già "è", sia elaborare proposte su ciò che "dovrebbe essere"⁴⁰. Sotto il primo aspetto, definendo e presentando con linguaggio condiviso le soluzioni giuridiche comuni ai diversi Paesi europei, si rende visibile a tutti ciò che è noto a chi ha studiato con il metodo comparatistico le diverse materie civilistiche: che cioè i diritti nazionali sono molto più vicini tra loro di quanto le diversità nel linguaggio, nei modelli di produzione normativa e nelle tradizioni concettuali farebbe ritenere. Sotto il secondo versante, e muovendo dall'obiettivo di avvicinare le regole operazionali, là dove divergono, la collaborazione e il dibattito nella comunità scientifica dei giuristi europei può individuare le ipotesi alternative, segnalarne vantaggi e svantaggi, concorrere per tale via alla ricerca e alla definizione della soluzione preferibile⁴¹.

Per tale via, oltretutto, è possibile consentire alla giurisprudenza quel ricorso all'argomento comparatistico (la verifica, cioè, delle proprie soluzioni, o dei propri dilemmi, alla luce delle soluzioni adottate in altri Paesi), che comincia, anche se molto timidamente, ad affiorare nelle motivazioni delle decisioni⁴².

⁴⁰ Per usare l'espressione dei promotori (v. C. von Bar, U. Drobnig, A. Hartkamp e O. Lando) del progetto di cui alla nota precedente.

⁴¹ Cfr. L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Roma-Bari, 1997, e in particolare G.B. FERRI, *La formazione del "civilista europeo"*, *ivi*, 56 ss.; N. LIPARI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., I, pp. 3 ss.; R. SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1995, pp. 7 ss.; COLLINS, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, cit.; ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy*, cit., part. pp. 598 ss. Alla comune elaborazione europea i giuristi italiani stanno del resto dando un contributo importante, con la partecipazione ai gruppi di lavoro internazionali (cfr. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, cit.), con l'organizzazione di convegni e dibattiti che danno poi luogo alla pubblicazione di scritti e di opere collettive [cfr. P. STEIN (a cura di), *Incontro di studio su: "Il futuro codice europeo dei contratti"*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, Milano, 1993; MOCCIA (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, cit.; Id. (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, cit.; G. GANDOLFI, *Per la redazione di un "Codice europeo dei contratti"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pp. 1073 ss.], con il ruolo assegnato ai principi generali europei nei più recenti corsi di diritto comparato [ALPA (a cura di), *Corso di sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 654 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, pp. 402 ss.]; con l'elaborazione di testi d'insieme [LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, 2 vol., cit.], fino al recente avvio di una rivista trimestrale espressamente titolata *Europa e diritto privato*.

⁴² V. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktstrecht*, cit., 396 ss., riferisce casi di decisioni nazionali (in Portogallo, Grecia, Olanda e Svezia), nelle quali le Corti hanno espressamente

9. Quanto alla politica, credo vi siano le condizioni perché – ribaltando la formula usata vent'anni or sono da Kahn-Freund⁴³ – si possa oggi dire che lavorare per un Codice civile europeo appare fatica di Ercole e non più di Sisifo. Nulla è scontato, ed i tempi andranno forse misurati più in decenni che in anni. Ma la strada è tracciata dalla forza delle cose.

Lo scetticismo è argomentato⁴⁴ con l'affermazione che un Codice unico presuppone un'unione economica, che si avvicina ma ancora non c'è, ed un'unificazione politica che sarebbe fuori dall'orizzonte. Il nesso tra sviluppo del processo unitario e codificazione certamente esiste. Proprio per questo, però, un osservatore attento può giungere alla conclusione opposta rispetto a quella ora riferita. È noto che l'unificazione del mercato, e poi delle monete e delle banche centrali, era considerata, dall'intuizione ormai semisecolare dei padri fondatori dell'Europa, la premessa per una più ampia unificazione della politica, delle istituzioni e dei diritti. In una Europa con un'unica moneta, con le frontiere aperte, con un comune destino economico e sociale, l'idea di diritti comuni, di regole comuni, di una giustizia comune ha in effetti una grande forza, che non si limita alla pur essenziale esigenza di certezza ed efficienza nello svolgimento degli affari⁴⁵.

Il gradualismo delle decisioni politico-istituzionali è fuori discussione, sia perché le dimensioni del compito lo rendono necessario, sia perché le scelte discenderanno da volontà politiche che vanno costruite e sorrette, e non da un inevitabile destino. Ma la volontà politica, di per sé, non sarà comunque in grado di produrre risultati positivi – ed è questo il punto che

motivato sulla base di argomenti desunti da diritti stranieri. E B.S. MARKESINIS, *Five days in the House of Lords: some Comparative Reflections on White v. Jones*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, n. 16, Roma, 1996, ha segnalato la recente decisione, concernente la responsabilità del professionista nei confronti dei mancanti eredi per la colpevole omissione nella predisposizione del testamento prima della morte del de cuius, nella quale i Lords hanno dedicato — in un caso privo di riflessi sovranazionali — due dei cinque giorni di discussione all'esame della giurisprudenza straniera.

⁴³ *Supra*, alla nota 11.

⁴⁴ Cfr. MARKESINIS, *Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity*, cit.

⁴⁵ Non costituiscono dunque un fatto episodico, né un'anomala velleità, le due risoluzioni con le quali nell'ultimo decennio il Parlamento europeo — cioè il soggetto istituzionale più sensibile, e più convinto fautore, dell'unificazione politico-istituzionale —, ha posto il tema del Codice civile europeo. Né va sottovalutato che alcuni governi — mi riferisco a quelli dei Paesi Bassi e della Germania — appaiono, dopo un lungo periodo di freddezza ed inerzia, disposti a sostenere l'attività di preparazione scientifica del progetto. Non credo quindi che quella di un Codice civile europeo vada ricondotta tra le idee bizzarre e le contorte elucubrazioni che popolavano il "cielo dei concetti giuridici" della satira di Jhering, come pure è stato detto.

mi preme sottolineare conclusivamente – se la cultura giuridica non avrà svolto fino in fondo la funzione che le compete.

Non so se davvero, com'è stato scritto di recente⁴⁶ l'attuale situazione giuridica europea sia simile a quella della Germania all'inizio del '800; e se si tratti quindi di ricostruire a livello europeo la "scuola teorica" di Savigny. Mi pare però che si possa condividere l'auspicio concernente l'emersione di una scienza giuridica che sappia superare i confini nazionali ed offrire una "grammatica" comune per la discussione di temi di interesse generale e per la valutazione delle possibili soluzioni. Essenziale è in questo quadro – sia detto per inciso – la formazione di giuristi – studiosi, avvocati, giudici – dotati di una comune cultura europea⁴⁷.

La sintesi organica e lo sviluppo di principi comuni, la discussione delle questioni controverse e l'elaborazione di possibili soluzioni (in altre parole, l'elaborazione di una cultura giuridica europea), sono indispensabili perché quei principi e quelle regole possano poi diventare diritto comune, vigente per tutti i cittadini europei.

⁴⁶ ZIMMERMANN, *Savigny's Legacy*, cit., p. 580.

⁴⁷ Cfr. SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, cit., pp. 12 ss.; L. MOCCIA, *Riflessioni introduttive sull'ipotesi di un "giurista (e di un diritto) europeo"*, in ID. (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, cit., pp. 5 ss.; FERRI, *La formazione del civilista europeo*, cit., pp. 56 ss. Al tema è dedicata l'opera collettiva curata da B. DE WITTE, C. FORDER, *The common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, 1992.

IV. IL RUOLO DEI GIUDICI

*Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice**

SOMMARIO: 1. Premessa: il ritorno del divieto di abuso – 2. L'abuso del diritto nell'evoluzione storica del rapporto legge-giudice – 3. Il codice civile del 1942 – 4. La fase dell'attuazione costituzionale – 5. Il divieto di abuso come principio generale in Cassazione 20106/2009 – 6. Considerazioni critiche – 7. L'abuso nel diritto tributario e nel processo civile – 8. L'art. 54 della Carta dei diritti – 9. Poteri del giudice e principi costituzionali – 10. Neogiusnaturalismo e abuso dell'abuso.

1. Premessa: il ritorno del divieto di abuso

L'abuso del diritto torna di attualità. Una originale sentenza della Cassazione civile ha suscitato una grande quantità di commenti, prevalentemente critici. Si è consolidata una giurisprudenza che ricorre all'abuso del diritto per contrastare l'elusione fiscale. Se ne parla con riferimento a norme e regole giurisprudenziali finalizzate a contrastare «l'abuso del processo». La Carta dei diritti dell'UE ha intitolato una sua norma, l'art. 54, al «divieto dell'abuso del diritto»¹.

La nozione giuridica è semplice: si ha abuso quando l'esercizio di un diritto soggettivo, «anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico»².

Ma a chi spetta determinare il carattere abusivo di un atto di esercizio del diritto, alla legge (nel qual caso il divieto di abuso è la ratio della norma) o al giudice (e quindi esso si configura come principio generale direttamente applicabile)? E quali sono i criteri di valutazione «giuridica o extragiuridica» in base ai quali censurare le modalità di esercizio del diritto? E, ancora, quali conseguenze giuridiche ne derivano?

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, pp. 27-38.

¹ V. oltre, §§ 5-8.

² Così lo definisce, peraltro correttamente (cfr. C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988), Cass. 20106/2009, sulla quale v. oltre, § 5. Del resto, delle definizioni alternative proposte nessuna mi pare persuasiva.

2. *L'abuso del diritto nell'evoluzione storica del rapporto legge-giudice*

Alla prima domanda, che è quella decisiva, perché condiziona tutti gli svolgimenti successivi, sono state date dalla dottrina risposte diverse³. Proverò a pormi preliminarmente un'altra domanda. Perché la questione della rilevanza generale del divieto di abuso (che sembrava risolta negativamente: v. oltre, §§ 3 e 4) è tornata oggi di attualità?

L'andamento carsico della figura nella storia del diritto moderno corrisponde in effetti a diverse fasi economico-sociali, alle quali corrispondono differenti rapporti tra potere legislativo e giudiziario, e differenti ideologie giuridiche.

Elaborata da dottori e giudici nel diritto premoderno come strumento di raccordo tra regole giuridiche e principi etici, alla figura dell'abuso fu precluso ogni ruolo nella fase formativa del diritto privato moderno, dal codificatore napoleonico come dalla pandettistica. L'uno e l'altra, com'è noto, prospettavano la formazione di un ordinamento giuridico adeguato alla struttura economica capitalistica, affidandone il compito il primo alla legge, il secondo ai professori. In entrambe le vie, è secondario il ruolo del giudice, al quale viene sottratto, o non attribuito, il potere di censurare un atto di esercizio del diritto «formalmente rispettoso della cornice attributiva»⁴.

C'è di più: il controllo e il ridimensionamento dei poteri del giudice era uno degli obiettivi (del resto dichiarato) della codificazione del 1804. L'ideologia del positivismo legislativo corrisponde a una precisa logica sociale: il legislatore rappresenta, in questa fase storica, i ceti proprietari borghesi molto più della magistratura. Solo alla legge è pertanto attribuito il compito di limitare (in casi specifici ed eccezionali) il potere della volontà privata, che caratterizza i due pilastri dell'individualismo possessivo: il diritto di proprietà e l'autonomia contrattuale (o negoziale).

Tra la fine dell'800 e l'inizio del '900 il quadro cambia. L'art. 2 del Codice civile svizzero prevede con norma generale, e separatamente, sia il dovere di agire secondo buona fede nell'esercizio del diritto e nell'adempimento dell'obbligo, sia la mancata protezione in caso di manifesto abuso del diritto. Anche il BGB contiene entrambe le regole come norme generali, e anch'esso le considera separatamente: il § 226 non consente l'esercizio del diritto «quando può avere il solo scopo di arrecare

³ Vedile discusse da F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013, pp. 75 ss., con ampia bibliografia alla nt. 4.

⁴ Per usare ancora la definizione della Cassazione: v. sopra, nt. 2.

danno ad altri», mentre il principio di buona fede oggettiva è nel § 242.

Parallelamente, la dottrina francese⁵ propone l'abuso come principio generale, sottolineandone la dimensione etica, ovvero tentandone una coloritura sociale.

In concreto però la giurisprudenza non ricorre al divieto dell'abuso del diritto, ma valorizza il principio di buona fede: norma legislativa, come si è visto, in Germania, desunta in Francia dai riferimenti contenuti nella disciplina del contratto, e in entrambi i casi distinta dall'abuso del diritto.

Quale significato attribuire all'attenzione in questa fase storica, da parte della scienza giuridica, dei legislatori e dei giudici, ai principi o clausole generali?⁶

È in gioco l'esigenza di affrontare le conseguenze sul diritto privato sia delle trasformazioni economiche del capitalismo sia delle crescenti istanze sociali; e almeno in parte essa può essere soddisfatta attraverso un trasferimento di poteri dal legislatore al giudice. Le assemblee legislative nella fase di emersione dello «Stato pluriclasse»⁷ vedono la presenza, accanto ai portatori delle idee e degli interessi dei ceti proprietari, dei rappresentanti del mondo del lavoro. La magistratura, per la sua composizione sociale e la corrispondente ideologia, sembra offrire maggiori garanzie per soluzioni che non mettano in discussione l'ordine stabilito. Significativa è la vicenda del contratto di lavoro. A chi prospetta una nuova legislazione, che esca dalla logica liberista del codice per assicurare più adeguate tutele ai lavoratori, si risponde che è sufficiente (e preferibile) il ricorso al canone codicistico della buona fede, affidato a una interpretazione giudiziale benevola nei confronti delle istanze (quando ragionevoli) del mondo del lavoro⁸.

3. *Il codice civile del 1942*

Il Codice civile del 1942 non contiene il divieto di abuso come principio generale, che pure era stato previsto sia dall'art. 74 del progetto

⁵ Ampiamente esaminata da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 239 ss.

⁶ Questa attenzione venne ricondotta a un quadro teorico-progettuale complessivo dalla contemporanea scuola del «diritto libero».

⁷ Per usare l'espressione di M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, pp. 389 ss.

⁸ Cfr. M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, Milano, 2003.

italo-francese di Codice delle obbligazioni, sia dall'art. 7 del progetto ministeriale. Quest'ultimo usava una formulazione diversa dal § 226 del BGB e più vicina alla concezione del diritto soggettivo di Jhering⁹: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto».

Nella relazione del Guardasigilli Grandi al progetto definitivo la rinuncia alla norma è motivata con le stesse ragioni addotte a sostegno dell'abbandono dell'idea di inserire la funzione sociale nella definizione della proprietà. O si tratta di una formula vuota, meramente riassuntiva di quanto già previsto da altre norme, ovvero ne deriva un rischio per la certezza del diritto, la quale può essere garantita solo dalla legge. È preferibile, dice la Relazione, intervenire nella «trattazione dei singoli istituti», evitando «pericolose» formulazioni troppo generali e indeterminate.

Sulla base di questa impostazione, Grandi valorizza l'introduzione del divieto di atti emulativi (art. 833: ma la formulazione normativa torna alla logica soggettivistica del § 226 BGB), il riferimento alla buona fede nella responsabilità precontrattuale, nell'esecuzione del contratto, ecc.

Il richiamo al principio di legalità si inserisce nell'orientamento generale del diritto fascista (a differenza di quello nazista). Lo Stato, padrone del potere legislativo, utilizza, per realizzare i suoi progetti, lo strumento della legge, e non c'è spazio né convenienza sociale per assecondare le dottrine del diritto libero, del resto mai accolte dalla scienza giuridica italiana, né nella componente conservatrice né in quella innovativa¹⁰.

4. *La fase dell'attuazione costituzionale*

L'impianto normativo e concettuale della nuova codificazione, riassunto nella relazione Grandi, fu recepito (e anzi nel primo periodo accentuato) dalla giurisprudenza e dalle dottrine¹¹.

Questo impianto assume l'inesistenza di un «principio generale» che

⁹ Il diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto, il cui esercizio è quindi tutelato se e quando sussista un effettivo interesse del titolare (come nell'art. 840, 2° co., cod. civ.). R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto* (1877), trad. it., Torino, 1972, pp. 364 ss.

¹⁰ Cfr. C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, pp. 233 ss.

¹¹ Rimase isolata la posizione di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 25 ss.

vieti «l'abuso del diritto», direttamente applicabile oltre le previsioni di legge. Anche perché esistono e sono considerate sufficienti le regole, che del resto appaiono irriducibili a un unico principio, operanti nei differenti istituti: l'art. 833 per la proprietà, la correttezza e la buona fede per i rapporti obbligatori e contrattuali, il danno ingiusto per la responsabilità civile, ecc.

A partire dagli anni '60, una parte significativa della dottrina, e successivamente della giurisprudenza, valorizza queste «clausole generali», e sottolinea la necessità di determinarne il contenuto sulla base dei principi costituzionali. Ma non le considera mai collegabili a un più generale principio di divieto di abuso, e per la verità non le ritiene nemmeno direttamente applicabili, se non in connessione con una o più norme di legge, da reinterpretrare e integrare alla luce, appunto, dei principi costituzionali.

La ragione di questo orientamento è legata alla preminenza affidata al ruolo della legge (anche quando si auspica una legislazione per principi)¹² nell'attuazione costituzionale. La logica del diritto privato «sociale» degli anni '60 e '70¹³ è quella dell'intervento legislativo, che realizzi forme di «diritto diseguale» nei rapporti contrattuali e la funzionalizzazione della proprietà privata.

Significativa è la posizione espressa dal giurista pure più attento al ruolo delle clausole generali, S. Rodotà, che esclude sia l'applicazione diretta della funzione sociale, sia il potere del giudice di integrare il contratto con contenuti solidaristici alternativi a quelli voluti dalle parti. La funzione sociale è un principio generale ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione analogica di singole norme, ma non un limite diretto ai poteri proprietari: spetta al legislatore conformare a fini sociali il contenuto del diritto di proprietà¹⁴. Analogamente nella materia contrattuale, i poteri integrativi attribuiti al giudice sulla base del principio di correttezza e buona fede (che intervengono, secondo l'autore, quando non vi sia corrispondenza tra regolamento predisposto e risultato previsto) non comprendono «anche quello di integrare la norma contrattuale al fine di metterla in condizione di realizzare direttamente finalità divergenti da quelle a cui l'operazione economica era stata rivolta»; e ciò perché solo la legge può indirizzare e

¹² Come da S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 ss.

¹³ La vicenda è ricostruita nel volume di vari autori *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1253 ss.

coordinare a fini sociali l'attività economica privata¹⁵.

Questa impostazione si comprende, come accennavo, alla luce di una visione complessiva del quadro costituzionale e della sua incidenza sul diritto privato. Il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) viene letto insieme agli altri principi fondamentali, dai quali emerge un progetto di trasformazione che può essere compiutamente attuato solo attraverso l'esercizio del potere legislativo da parte delle assemblee elettive, nelle quali del resto vi è, in questo periodo, una consistente presenza di forze politiche che dichiarano di volerlo realizzare. Gli anni '60 e '70 furono in effetti una stagione segnata da significative riforme sociali, incidenti anche sul diritto privato e sui connotati dei suoi istituti fondamentali, nelle quali la legge attuava (o così si riteneva) i principi costituzionali tanto conformando il contenuto della proprietà, quanto assicurando la giustizia sociale nei rapporti contrattuali (lavoro, locazione urbana, contratti agrari); mentre si prospettava una programmazione che razionalizzasse le forme di intervento pubblico e di dirigismo economico, con rilevanti conseguenze sulla struttura degli istituti privatistici¹⁶. Il ruolo del potere giudiziario (nell'interpretazione e nel controllo di costituzionalità delle leggi) era valorizzato, ma nell'ambito e nei limiti della logica che ho riassunto.

5. Il divieto di abuso come principio generale in Cassazione 20106/2009

La figura dell'abuso del diritto torna invece alla ribalta e acquista progressivamente centralità nel diritto del nuovo millennio. Questo ritorno si inserisce nella crescente espansione del potere giurisdizionale nel diritto contemporaneo¹⁷.

La ricordata sentenza della Cassazione 20106/ 2009 non è isolata: ricordo le decisioni che hanno precluso al creditore il frazionamento del credito in una pluralità di domande giudiziarie (Cass., sez. un., 2007/23726), ovvero il recesso della banca dal finanziamento di un contratto di apertura di credito (Cass. 9321/2000).

Ma la sentenza 20106/2009 si caratterizza perché intende affrontare

¹⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 182.

¹⁶ Esaminate in *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della Tavola Rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, con relazioni introduttive di G.B. Ferri e S. Rodotà, Milano, 1971.

¹⁷ Sul significato di questa tendenza, che investe tutti gli aspetti del diritto privato, svolgerò qualche considerazione oltre, §§ 9 e 10.

ex professo, e risolvere in senso affermativo, il quesito sulla vigenza, pur in assenza di una norma che lo preveda, di un generale divieto di abusare del proprio diritto.

Gli argomenti addotti per sostenere la tesi si affastellano e si sovrappongono, secondo il modello della motivazione come saggio giuridico che si sta purtroppo diffondendo. Dopo aver dato della figura la definizione che ho ricordato all'inizio di queste note, i giudici scrivono che l'abuso del diritto è «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede», il quale a sua volta è un «autonomo dovere giuridico», e costituisce «una specificazione» dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Successivamente, la sentenza riconduce all'abuso del diritto anche la funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost., e ne afferma per tale via il valore di principio generale in tutti i campi del diritto privato. Seguono, per non farsi mancare niente, considerazioni di analisi economica sul funzionamento del mercato, che concorrerebbero alla definizione del «giusto» rapporto tra le parti del contratto.

Ne deriverebbe, in materia di rapporto obbligatorio, in primo luogo che ciascuna parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi di legge, ha «il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra»; affermazione non nuova in giurisprudenza, privata però, questa volta, della precisazione «se ciò non comporti un'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio» (Cass 3375/1994). In secondo luogo, spetta al giudice, sulla base dei principi enunciati, «il controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale».

La controversia tra Renault Italia (che aveva esercitato il diritto di recesso secondo quanto espressamente e inequivocabilmente previsto dal contratto di concessione di vendita) e i suoi concessionari è alla fine rimessa al giudice di merito, al quale sembra rivolto il suggerimento di integrare il contratto con una clausola penale come contropartita dell'esercizio del recesso.

6. Considerazioni critiche

La sentenza ha determinato un ampio dibattito nella dottrina, divisa tra critici (prevalenti), sostenitori, e posizioni intermedie¹⁸.

Personalmente mi colloco nel primo campo; e non vedo motivo

¹⁸ Completa bibliografia in F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., alla nt. 86.

di modificare le conclusioni raggiunte in un mio precedente scritto sull'argomento¹⁹.

Per riassumere: quanto alla funzione sociale della proprietà, il compito di attuarla è espressamente affidato dall'art. 42 Cost. alla legge, mentre al giudice spetta valutarne il ruolo di principio generale della materia, con le conseguenze di cui agli artt. 12, 2° co. e 14 delle preleggi. Se l'esercizio dei poteri del proprietario sia antisociale (oltre quanto previsto dall'art. 833 e da norme eventualmente interpretate alla luce della Costituzione o applicate in via analogica), non può quindi deciderlo il giudice caso per caso.

Quanto alla correttezza e alla buona fede oggettiva, o il principio del divieto di abuso ne è un inutile doppione, ovvero aggiunge qualcosa. Ma allora si tratta di spiegare in che cosa consista questo *quid pluris*. Se si seguisse Cass. 20106/2009, la stessa questione se la buona fede operi solo nell'esecuzione del contratto, o invece anche ai fini dell'integrazione (nonostante la formulazione dell'art. 1374) passa, per così dire, in secondo piano, perché il richiamo alla buona fede appare solo un *medium* rispetto all'attribuzione al giudice del potere di modificare il contenuto del contratto, qualora non ritenga sussistente la «necessaria correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti»²⁰.

Al riguardo, accanto alle considerazioni critiche già svolte da una parte della dottrina²¹, mi sembra utile riportare quanto scrive Roppo nel suo manuale a proposito dell'integrazione giudiziale del contratto: «Il giudice non ha il potere di modificare d'autorità il regolamento contrattuale, contro l'accordo delle parti, neanche quando esso gli sembri profondamente ingiusto, e la sua modificazione opportuna nell'interesse generale... La ragione è chiara: un intervento così profondamente lesivo dell'autonomia privata richiede, a tutela dei cittadini esposti a subirlo, garanzie che possono essere date solo dalle previsioni della legge – generali, certe, conoscibili in anticipo – e non invece dalle determinazioni – discrezionali, mutevoli,

¹⁹ Condivido quindi l'ampia e a mio avviso inattaccabile argomentazione di R. SACCO, *L'abuso del diritto*, nel *Trattato di diritto civile* da lui diretto, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 309 ss. L'a. gentilmente conclude ricordando gli analoghi risultati cui ero giunto in C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit. Del resto, già l'ampio e tuttora utilissimo studio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 205 ss., aveva limitato ai diritti potestativi l'ambito di operatività di un principio di divieto dell'abuso, autonomo dalle clausole generali come buona fede, ecc.

²⁰ Per usare le parole di Cass. 20106/2009.

²¹ In particolare da G. D'AMICO, in *I contratti*, 2010, pp. 11 ss.; ID., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, ivi, 2011, pp. 653 ss.

imprevedibili – formulate dai giudici caso per caso»²².

In effetti, principio di legalità, certezza del diritto e separazione dei poteri sono valori democratici, che non possono essere aggirati dal richiamo al principio di solidarietà (v. oltre, § 9).

Di questa conclusione si è mostrato convinto anche l'autore, Franco Galgano, che pure si è espresso a favore della soluzione giurisprudenziale, ritenendo però che il fondamento normativo vada rinvenuto altrove, e cioè nell'art. 54 della Carta dei diritti UE²³.

7. *L'abuso nel diritto tributario e nel processo civile*

Prima di parlare di questa norma, qualche considerazione sul successo della formula dell'abuso in altri campi del diritto.

Vi ha fatto ricorso la nostra giurisprudenza, sulle orme di quella comunitaria, anche in campo tributario, per contrastare l'elusione fiscale. Il contribuente non può utilizzare, pur in assenza di una disposizione che lo vieti, «strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili, che giustificino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di un vantaggio fiscale» (Cass., sez. un., 30055/2008). Il fondamento normativo è individuato nell'art. 53 Cost., suscitando le critiche di chi ritiene che il principio di capacità contributiva non sia sufficiente a rendere sanzionabile un'attività giuridica consentita dalla legge²⁴.

Di recente, la Cassazione (ord. 37/2014) ha poi combinato questo principio con i suoi recenti orientamenti in tema di causa concreta per affermare (contro il suo precedente indirizzo: Cass. 16089/2003) l'invalidità del contratto di locazione (scritto ma non registrato) che preveda un canone diverso da quello del contratto registrato.

Passando all'abuso del processo²⁵, se ne è parlato con riferimento al

²² E. ROPPO, *Diritto privato*, 2ª ed., Torino, 2012, p. 433.

²³ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, pp. 311 ss. Colgo l'occasione per ricordare con stima e rimpianto l'autorevole collega.

²⁴ Cass., sez. un., 30055-7/2008, sulle orme della giurisprudenza della Corte di giustizia UE (esposta e discussa da G. FRIGO, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, a cura di P. Gianniti, 2013, pp. 1552 ss.). Molto critico, sul piano della costituzionalità, E. DE MITA, *La giurisprudenza fiscale della Cassazione in materia di abuso di diritto*, in *Boll. trib.*, 2011, pp. 645 ss.

²⁵ Cfr. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 117 ss.

dovere delle parti di comportarsi in giudizio secondo lealtà e probità (art. 88 cod. proc. civ.), e alla responsabilità aggravata di cui all'art. 96, e ad esso si è fatto riferimento per spiegare la *ratio* del 3° co. aggiunto nel 2009 all'art. 96, che prevede il potere del giudice di condannare il soccombente al pagamento di una somma ulteriore, «equitativamente determinata», a favore della controparte. Al di là delle controversie giurisprudenziali sul rapporto della nuova norma con i due commi precedenti, e sulla natura sanzionatoria o punitiva della figura, anche in questa materia l'utilità del ricorso alla nozione di abuso (dell'azione giudiziale, dovrebbe dirsi, più che del processo) sussiste solo se ne affermi una portata precettiva oltre la disposizione del Codice.

Prospettiva che in effetti è stata perseguita attraverso il raccordo tra la nozione di abuso del processo e la configurazione della buona fede come attuativa del divieto di abuso: così Cass. 8576/2013, che applica anche al processo esecutivo il principio del divieto di frazionamento del credito²⁶.

8. *L'art. 54 della Carta dei diritti*

Come accennavo, per Francesco Galgano il fondamento normativo del principio generale che vieta l'abuso del diritto va rinvenuto nell'art. 54 della Carta dei diritti UE, non nella Costituzione o nelle norme del 34 24 25 26 Codice sulla buona fede²⁷. E in effetti i nuovi orientamenti giurisprudenziali corrispondano più alla logica del bilanciamento giudiziale degli interessi, che caratterizza la giurisprudenza europea e la stessa Carta dei diritti, che ai principi costituzionali ai quali i giudici fanno riferimento. L'art. 54, ultima norma della Carta, è contenuta nel titolo finale sulle disposizioni generali, con la rubrica «divieto dell'abuso di diritto». «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti dalla presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

Le origini della norma sono nell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per il quale «nessuna disposizione della presente

²⁶ In Cass. 3775/1994 (la sentenza capostipite sul divieto di frazionamento del credito in base al principio di buona fede) c'è un richiamo al giusto processo ex art. 111 Cost.

²⁷ Sopra, nt. 23.

Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, di un gruppo o di un individuo di esercitare un'attività...»; il testo continua con parole identiche a quelle dell'art. 54.

Il precedente della norma Cedu, a sua volta, è l'art. 18 della Costituzione tedesca: «chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, della libertà di associazione, del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni, del diritto di proprietà o del diritto di asilo, per combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale costituzionale federale».

Ma un'intera epoca storica separa la Costituzione tedesca e la Cedu dalla Carta dei diritti, e la somiglianza dei testi non può mascherare la diversità delle funzioni rispetto all'art. 54.

La norma tedesca, dopo il nazismo e la divisione della Germania, aveva lo scopo di escludere la partecipazione politica, la propaganda, ma anche l'insegnamento e tutte le attività ispirate a posizioni riconducibili al nazismo o al comunismo. È quindi una norma «politica», la cui logica ritroviamo nell'art. 17 della Cedu²⁸, dove infatti il divieto di abuso, prima che ai singoli, si rivolge agli stati e ai gruppi (riferimento scomparso nell'art. 54). Lo confermano del resto i casi nei quali la norma è stata applicata in passato: nel 1959 fu respinto il ricorso contro lo scioglimento del partito comunista tedesco da parte di suoi ex dirigenti, mentre diversa fu la decisione del 1961 su un movimento irlandese che, secondo il governo di quel paese, aveva rapporti con l'IRA.

I casi successivi riguardano soprattutto i limiti alla libertà di manifestare idee razziste e discriminatorie, mai l'esercizio di attività economiche.

Nell'art. 54²⁹ si esprime invece, non l'esigenza di limitare libertà fondamentali perché non siano esercitate in modo lesivo di valori democratici, bensì, secondo una caratteristica propria del diritto odierno (europeo e non solo), quella di ponderare e bilanciare diritti individuali potenzialmente confliggenti, affidando questo compito al giudice, chiamato a decidere caso per caso, piuttosto che alle norme (costituzionali o di legge).

Ciò corrisponde all'impianto della Carta: un'elencazione di diritti,

²⁸ Sulle origini e le applicazioni dell'art. 17 Cedu, bibliografia e giurisprudenza in R. Piccione e G. Frigo, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit., pp. 1525 ss.

²⁹ Sull'art. 54 cfr. *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit., pp. 1514 ss., dove dottrina e giurisprudenza.

posti tutti sullo stesso piano, senza gerarchia di valori o ordine di priorità³⁰; e ciò costituisce la differenza di fondo con la nostra Costituzione, la quale invece delinea una gerarchia dei valori e dei beni protetti (resa evidente per la libertà economica dal 2° co. dell'art. 41).

Ne deriva che nella Carta dei diritti, a differenza che nella nostra Costituzione, al giudice non è offerto un criterio normativo per la ponderazione, e la conseguente valutazione di prevalenza, tra diritti e interessi configgenti.

Certamente l'art. 54 appare una «norma di chiusura», e quindi, può essere applicata ai diritti economici come la proprietà, consentendo di trarre la conclusione che l'uso di un bene non deve limitare o sacrificare un altro diritto tutelato dalla Carta³¹. Ma siccome vale anche il contrario (anche la proprietà è, nella Carta, una libertà fondamentale), stabilire quale dei diritti, tutelati tutti allo stesso modo dalla Carta, debba prevalere in caso di conflitto, è affidato alla giurisprudenza, che a livello europeo lo ha prevalentemente risolto a favore delle libertà economiche³².

9. *Poteri del giudice e principi costituzionali*

Non credo, peraltro, che il ricorso all'art. 54 possa sostituire i principi costituzionali come criterio di valutazione dell'attività dei privati, giacché essi, in quanto informatori dell'intero ordinamento, dovrebbero essere considerati di rango superiore al diritto europeo³³.

Il punto è che i principi costituzionali, come ho già accennato, non giustificano l'idea di un generale divieto dell'abuso del diritto. In particolare non lo giustifica quello al quale maggiormente si fa riferimento. Come già segnalava Luigi Mengoni, «alla nozione costituzionale di solidarietà non può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede», che «è un

³⁰ Qualche considerazione in proposito ho svolto in C. SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, nel volume dallo stesso titolo da me curato, Torino, 2012, pp. 1 ss.

³¹ M. JAEGER, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, nel volume citato nella nota precedente, p. 38.

³² Su questa giurisprudenza ho svolto qualche riflessione in SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., pp. 10 ss.

³³ Tema che qui può essere solo accennato; qualche svolgimento maggiore in C. SALVI, *Proprietà, libertà e funzione sociale*, in G. D'AMICO (a cura di), *Proprietà e diritto europeo*, Napoli, 2014, pp. 61 ss.

criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà... ha una dimensione collettiva», come emerge dal 2° co. dell'art. 41. Il principio di solidarietà riguarda il conflitto dell'interesse individuale non con un altro interesse individuale, ma con l'utilità sociale e l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana³⁴.

Ricorrere al principio di solidarietà per affidare al giudice (attraverso un criterio più vicino per il vero all'equità che alla buona fede) il potere di verificare caso per caso la conformità del regolamento contrattuale alla sua idea di «giusto» equilibrio, significa alterare la logica collettiva e sociale di quel principio. Per questa e simili vie, «invece di costituzionalizzare il Codice civile si è codicizzata la società»³⁵.

D'altra parte, la certezza del diritto (messa in discussione dagli orientamenti giurisprudenziali in questione) è un valore costituzionale correlato al principio della separazione dei poteri (tra legislatore e giudici), che è elemento essenziale della democrazia³⁶.

Ma è proprio questo il punto. Il ritorno al «diritto libero» del primo Novecento è spiegabile con l'odierna società liquida, dove ogni interesse e bisogno è diritto individuale, la legge perde sempre più la funzione di dettare norme generali ed astratte, le Costituzioni dell'età dell'oro sono considerate relitto del passato.

Il potere crescente dei giudici, la loro ricerca dell'equità del caso singolo (perché questa è la sostanza dell'abuso del diritto come principio generale), e qualche volta anche della «equità collettiva»³⁷, si inserisce in questo vuoto della dimensione sociale e della progettazione giuridica. Infatti, i teorici del c.d. neocostituzionalismo³⁸ affermano che i giudici, quando effettuano la «ponderazione dei valori» (come oggi si dice) ai fini della decisione del caso concreto, operano in realtà attraverso

³⁴ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, in *Jus*, 1998, 48 ss. Del resto, se non si precisa la nozione giuridica di solidarietà ai sensi dell'art. 2, il concetto rischia di diventare una clausola comprensiva dei fondamenti etico-sociali dell'ordinamento (che possono essere intesi in modo differente a seconda dei punti di vista di ciascun interprete).

³⁵ M. BARCELONA, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 516, in nota.

³⁶ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, pp. 133 ss., 201 ss.

³⁷ Creata da Cass. 12408/2011 per motivare la sua decisione sul quantum del risarcimento del danno biologico (applicazione delle c.d. tabelle milanesi). Condivido la pronuncia ma la nuova figura dell'«equità collettiva» non era a mio avviso necessaria per motivarla.

³⁸ Cfr. per il dibattito, e per persuasive considerazioni critiche, FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 95 ss.

un'argomentazione razionale che ha basi etiche (come nella dottrina della *aemulatio* del diritto premoderno) ed è quindi qualitativamente diversa dall'applicazione della norma come mera «attuazione», secondo la logica del positivismo giuridico.

10. *Neogiusnaturalismo e abuso dell'abuso*

Per questa via è quasi inevitabile che se ne tragga la conclusione del primato del diritto naturale, desunto dalla ragione, su quanto scritto nei testi di legge. Il primato del diritto naturale viene rinvenuto – secondo quanto ha scritto F. Galgano³⁹ – da un lato nelle carte universali dei diritti dell'uomo, e dall'altro, per la regolazione dei rapporti economici, nei «principi generali del diritto civile» definiti dalla *lex mercatoria*, che ha le sue origini nella sfera del privato, e in particolare nelle regole contrattuali e nelle prassi degli operatori economici internazionali. Diritti umani e libertà economica tornano così ad apparire i capisaldi del diritto naturale, «la cui fonte immutabile è la ragione», mentre le leggi prodotte dalle assemblee legislative, e con esse la stessa democrazia politica, perdono ogni significato.

Che dire di queste dottrine? In effetti, solo così può giustificarsi l'abuso del diritto. Il ritorno al diritto naturale può convincere però solo chi crede che esiste davvero un diritto naturale fondato sulla ragione. Ma tanto la concezione quanto i contenuti del diritto naturale sono il prodotto di un'evoluzione storica, strettamente legata all'evoluzione delle strutture economico sociali. In una società schiavistica e patriarcale, Aristotele sosteneva che corrispondono al diritto naturale la schiavitù e l'inferiorità della donna all'uomo. Nella fase fondativa del diritto moderno, la crisi delle strutture della società aristocratico – feudale andava superata, secondo Locke, con l'affermazione della proprietà privata quale diritto di natura, mentre per Morelly proprio il diritto naturale esigeva invece la proprietà comune dei beni. La vittoria del primo orientamento non deriva certo dalla sua maggiore capacità ricognitiva della «natura», ma dalla concreta affermazione storica del capitalismo, della società borghese, della mercificazione di tutti i beni⁴⁰.

³⁹ F. GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *Contr. impr.*, 2007, pp. 393 ss.; ID., *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, *ivi*, 2009, pp. 883 ss., ID., *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, pp. 177 ss.

⁴⁰ Descritta e spiegata con ineguagliata efficacia nel noto libro di K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), trad. it. Torino, 1974.

Oggi, nella fase della globalizzazione senza regole e del diritto postmoderno, c'è chi ritiene che il primato del mercato possa essere desunto razionalmente dalla natura umana, e che dalla natura umana derivino diritti individuali della persona, moltiplicati senza limiti né gerarchie di valori.

Chi non la pensa così, ha una ragione in più – per concludere con un gioco di parole – per criticare quello che gli sembra un abuso dell'abuso.

*Ambiente, giustizia civile e partecipazione**

1. La prospettiva di una tutela dell'ambiente davanti al giudice civile implica una serie di problemi – culturali, normativi, di «politica del diritto» – la cui complessità risulterà evidente a chi rifletta sugli elementi di contraddizione che essa introduce nel sistema giuridico: un interesse di tipo diffuso e non economico cerca vie di protezione anche in una sede, quella della giustizia civile, tipicamente preposta alla tutela di interessi individuali e patrimoniali.

Quella prospettiva, tuttavia, che dieci anni or sono sarebbe apparsa velleitaria e anzi balzana, acquista oggi la concretezza e l'autorevolezza di una pronuncia delle sezioni unite della cassazione (6 ottobre 1979, n. 5172). Molta acqua è passata sotto i ponti da quando il supremo organo giurisdizionale vanificava le norme «programmatiche» della Costituzione ed il giurista conservatore domandava se la garanzia costituzionale del diritto alla salute dovesse essere fatta valere portando in tribunale lo spirocheta pallido e il bacillo di Koch.

Le cause del mutato atteggiamento culturale sono di larga portata. Alla crisi – da tempo recepita dai giuristi – della tradizionale distinzione tra diritto pubblico e privato si viene aggiungendo la consapevolezza che i due poli non esauriscono comunque l'ambito della giuridicità, in presenza di un'area «collettiva», che non è né «pubblica» – in quanto non riferita ad un pubblico potere –, né «privata» – in quanto non costituisce oggetto di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo –; e che è tuttavia giuridicamente rilevante, o almeno avvertita come tale nella «coscienza sociale», quale si esprime in (alcune) decisioni dei giudici.

La stessa area del «privato» – e quindi della tutela giurisdizionale civile – si viene articolando al suo interno, a seconda che siano in questione interessi economici o invece «personali»; e questa differenziazione comincia ad assumere la consistenza di una diversità strutturale, che si riflette sulle tecniche e sull'ambito della tutela. Se il diritto privato è la forma giuridica della società civile, è certo che il trasformarsi ed il complicarsi di questa non può rimanere senza effetto sulla struttura di quello. Sarebbe peraltro errato un acritico entusiasmo per le novità giurisprudenziali: la complessità dei problemi, cui si accennava all'inizio, potrebbe infatti vendicarsi di chi pretendesse di risolverla con un tratto di penna.

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, n. 3, 1982, pp. 5-18.

2. L'azione civile presuppone un interesse sostanziale tutelato come proprio dell'attore (un diritto – o una situazione – soggettivo (a), come si suol dire). Ma il «diritto» all'ambiente non figura nell'elenco dei diritti – o delle situazioni – soggettivi(e) tradizionalmente riconosciuti e protetti dall'ordinamento giuridico; né è costituzionalmente prevista la tutela di un bene «ambiente» (le norme solitamente richiamate sono l'art. 9, che tutela il paesaggio, e l'art. 32, che proclama la salute «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»).

Di fronte a questa difficoltà, la recente civilistica ha prospettato tre tipi di soluzione, intendendo l'ambiente come un nuovo modo di essere della proprietà, o come un autonomo diritto soggettivo individuale, o come un interesse collettivo azionabile in sede civile.

2.1. Il codice civile (art. 844) attribuisce al proprietario di un fondo il potere di «impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino». Tale potere (ed il diritto al risarcimento del danno) sussiste se le immissioni superano la normale tollerabilità, avuto riguardo alle condizioni dei luoghi. Tuttavia, le immissioni causate da un'attività produttiva sono consentite anche se superano quel livello, salvo il pagamento, al proprietario del fondo che le subisce, di un'adeguata indennità.

Si sono delineate interpretazioni «evolutive» della norma, al fine sia di ridefinire, alla luce dei principi costituzionali, i criteri di legittimità delle immissioni, sia di allargare la cerchia dei legittimati attivi oltre i proprietari fondiari. Tuttavia, non è possibile deformare la struttura e la funzione dell'art. 844 fino al punto di trasformarlo da strumento di composizione di un conflitto tra proprietari vicini, a norma di fondazione di un «diritto» all'ambiente.

Né persuade l'ipotesi di rafforzare la tutela delle proprietà «buone»: in questo modo, infatti, si conserva il diritto di proprietà come esclusivo criterio ordinante, in una materia che richiede invece l'emersione della qualità diffusa (o collettiva), e non patrimoniale, dell'interesse che si contrappone a quello, economico, del soggetto inquinante. Naturalmente, ciò non esclude la revisione interpretativa, alla luce della Costituzione, della tutela accordata dall'art. 844 al godimento fondiario.

La questione di legittimità di tale norma era stata sollevata, con uno dei primi interventi di giurisprudenza ecologica, nel 1972; la Corte costituzionale (23 luglio 1974, n. 247) se ne è elegantemente liberata, osservando che, se è vero che l'art. 844 tutela solo i proprietari fondiari,

ciò avviene tuttavia senza pregiudicare interessi diversi, come quelli alla salute e all'ambiente, alla protezione dei quali è preposta la legislazione amministrativa e penale, restando «salva in ogni caso l'applicabilità dell'art. 2043 cod. civ.» (cioè della norma generale in base alla quale chi ha commesso un fatto «che cagiona ad altri un danno ingiusto» è obbligato a risarcirlo).

Ma il «danno» all'ambiente è «ingiusto» ai sensi dell'art. 2043? Per rispondere positivamente, anche chi accolga le più moderne teorie della responsabilità civile deve poter affermare l'esistenza, in capo all'attore, di un diritto soggettivo, o di una situazione rilevante, o di un interesse protetto, avente ad oggetto la conservazione dell'ambiente; con il che, si torna al problema sollevato all'inizio di questo paragrafo 2.

2.2. A tale problema si è data risposta positiva dalla cassazione, con la pronuncia delle sezioni unite in precedenza ricordata. In essa si afferma infatti l'esistenza di un «diritto all'ambiente salubre» come (fondamentale) diritto soggettivo della personalità.

La cassazione aveva in passato dichiarata ammissibile una tutela civile della salute come diritto assoluto e intangibile, sulla base dell'art. 32 Cost. (sez. un. 21 marzo 1973, n. 796; sez. un. 9 aprile 1973, n. 999; sez. un. 6 ottobre 1975, n. 3164; 19 maggio 1976, n. 1796); aveva invece escluso la rilevanza civilistica dell'ambiente come autonoma rispetto al diritto di proprietà, o ad altri diritti su beni immobili (sez. un. 9 marzo 1979, n. 1463).

La pronuncia in questione, invece, introducendo uno stretto collegamento – attraverso l'interpretazione sistematica dell'art. 32 – tra salute e ambiente, afferma la rilevanza – come oggetto di un diritto fondamentale dell'individuo – non solo dell'integrità fisica dell'individuo, ma anche del bene costituito dalla preservazione, nei luoghi dove si svolge la vita associata dell'individuo, «delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute». Pertanto, «il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita o all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre», inquadrabile nella categoria dei diritti della personalità, e provvisto quindi di «strumentazione giuridica e di azionabilità giurisdizionale».

Tale diritto è del tutto autonomo dalla titolarità di un diritto di proprietà o di godimento fondiario, e gode della stessa protezione generalmente riconosciuta alla salute come integrità fisica dell'individuo: una protezione quindi «assoluta» – nel senso che si dirige «contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga», compresa la pubblica amministrazione: cfr. più

avanti, 4.2. –, e «incondizionata», cioè idonea a far ritenere illecita «ogni forma di compressione», a differenza di quanto dispone per la proprietà, come si è visto, l'art. 844 c.c.

2.3. Si può tuttavia dubitare che lo schema tradizionale del diritto assoluto individuale, al quale ha fatto ricorso la cassazione, sia il più idoneo ad assicurare all'ambiente una tutela civile del tutto congrua ai principi costituzionali e al carattere che il bene-ambiente riveste nella concretezza dei rapporti sociali

A differenza dei tradizionali diritti della personalità (integrità fisica, libertà, nome, riservatezza, ecc.), infatti, l'interesse all'ambiente ha ad oggetto il bene che è strutturalmente collettivo, in quanto riferibile in modo unitario ad una pluralità di soggetti. Ciò non vuol dire però che esso sia proprio, allo stesso modo e indifferentemente, di un numero indefinito di soggetti, e sia quindi insuscettibile di azione autonoma, secondo l'obiezione che ha condotto la cassazione a negare, in via di principio, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo degli *interessi diffusi*.

L'interesse all'ambiente, infatti, è riconducibile non ad una «serie» indeterminabile di soggetti, ma ad un «gruppo» di individui, oggettivamente unificato, nei rapporti sociali, dalla fruizione comune del medesimo bene.

D'altra parte, le difficoltà concettuali e di diritto sostanziale (a differenza di quelle processuali: cfr. più avanti) non appaiono molto differenti, se si ricostruisce la tutela civile dell'ambiente in termini di diritto individuale, o invece di interesse soggettivo (cfr. i paragrafi ss).

La seconda soluzione appare preferibile per varie ragioni. Essa consente infatti di dedurre nel giudizio con maggiore completezza il conflitto tra l'attività inquinante e l'ambiente leso; introduce un criterio di legittimazione attiva necessariamente svincolato da interessi patrimoniali; riduce i rischi di «monetizzazione» dei danni ambientali; configura la tutela dell'ambiente non come area di garanzia del singolo, ma come potere di controllo collettivo sulle attività economiche; concentra, anziché disperdere atomisticamente, i momenti di intervento – anche giurisdizionale – dei singoli sui processi sociali ed economici.

Vanno piuttosto ricordati i seri limiti che l'ordinamento processuale presenta rispetto alla tutela di interessi collettivi, e che spiegano le resistenze della cassazione a consentire l'accesso alla giustizia dei portatori di tali interessi. Legittimazione, pubblicità, contraddittorio e intervento, forme di tutela, efficacia delle sentenze sono modellati infatti sulla tecnica dei diritti soggettivi individuali e patrimoniali.

Alla ricca elaborazione della parte più avanzata della processualcivilistica non fa riscontro un'adeguata attenzione del legislatore, come dimostra il recente disegno di legge governativo di delega per la riforma del codice di procedura civile. Tale progetto è infatti privo di portata innovativa per i profili prima ricordati, ed è arretrato nei confronti non solo delle concrete questioni sollevate da una giurisprudenza ormai non marginale e dalla dottrina processualistica, ma anche delle riforme avviate in altri paesi (le quali, ancorché non sempre condivisibili, esprimono tuttavia la consapevolezza del problema).

3. Ma quali sono le forme di tutela che la giustizia civile può fornire al bene-ambiente? Si possono indicare, in linea di principio, due prospettive di fondo, a seconda che si chieda il risarcimento del danno all'ambiente (e quindi la condanna al pagamento di una somma di denaro) oppure l'inibizione del fatto inquinante (e quindi l'ordine di cessazione o di modifica dell'attività). Le considerazioni che seguono non intendono certo affrontare i complessi problemi di disciplina che entrambe le prospettive presentano, ma solo offrire alcune indicazioni di ordine generale sui termini del dibattito.

3.1. Nella recente civilistica italiana è diffuso l'orientamento che assegna alla responsabilità civile funzioni di controllo sociale delle attività produttive, o di allocazione delle risorse più efficienti per la collettività. Per quanto concerne in particolare l'ambiente, si osserva che l'obbligo di risarcire i danni causati dall'inquinamento consentirebbe di ricondurre le diseconomie esterne prodotte dall'attività lesiva all'interno dei costi di produzione del soggetto inquinante. In tal modo, la tutela risarcitoria svolgerebbe una funzione preventiva e di controllo sulla «economicità sociale» delle attività produttive, nell'interesse generale.

Si è però osservato che la struttura mono-oligopolistica del mercato tardocapitalistico può rendere agevole il trasferimento, da parte dell'inquinatore, del costo del risarcimento dei danni sui prezzi, e quindi sui consumatori, già in sede di preventivo della produzione, mediante l'assicurazione o l'autoassicurazione. Di conseguenza, il risarcimento dei danni non sarebbe idoneo a svolgere, in tutto o in parte, una funzione deterrente. Inoltre, i danni risarcibili, e quindi riconducibili all'interno dei costi di produzione, sono solo una parte, e spesso la minore, dei danni effettivamente prodotti alla collettività dall'inquinamento; essi sono infatti

solo i danni che incidono su beni suscettibili di tutela risarcitoria civile.

Tale rilievo si collega subito alle considerazioni svolte in precedenza: di quali danni il privato – singolo o collettivo – può chiedere il risarcimento in sede civile? Nel nostro ordinamento la risarcibilità è subordinata, in via di principio, al duplice presupposto dell'ingiustizia e della patrimonialità del danno; il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi specificamente determinati dalla legge (art. 2059 c.c.).

Mentre, quanto all'ingiustizia, possono soccorrere i ragionamenti svolti per riconoscere all'ambiente il carattere di situazione civilmente rilevante (cfr. sopra, 2.2 e 2.3), l'ostacolo costituito dall'art. 2059 è difficilmente sormontabile, pur tenendo conto delle recenti tendenze, dottrinali e giurisprudenziali, volte a rivedere l'interpretazione tradizionale di tale norma. Secondo tali tendenze, per danno patrimoniale non va inteso, com'è nella tradizione, solo quello che incide immediatamente e direttamente sull'ammontare del patrimonio o del reddito del soggetto colpito, ma ogni danno che sia suscettibile di obiettiva valutazione in denaro. Ma tale valutazione non può comunque essere operata che con riferimento alla posizione del danneggiato, e non alle conseguenze dell'evento in sé considerate. Altrimenti, chiunque potrebbe agire in giudizio contro tutte le industrie inquinanti presenti sul territorio nazionale, pretendendo per sé enormi somme a titolo risarcitorio; né tale considerazione perderebbe valore se si prospettasse il collegamento della legittimazione attiva con un ambito territoriale circoscritto.

La verità è che l'interesse all'ambiente, essendo intrinsecamente indivisibile e non monetizzabile, non è suscettibile di una tutela risarcitoria autonoma in sede civile. La tutela potrà essere solo eventuale ed indiretta, se ed in quanto la lesione all'ambiente sia sussunta nella lesione di una situazione soggettiva a contenuto (anche o esclusivamente) patrimoniale, come il diritto di proprietà (e gli altri diritti di godimento fondiario) o il diritto alla salute¹.

Né tale conclusione appare in contrasto con una risposta positiva al quesito sulla rilevanza civile dell'interesse all'ambiente (cfr. sopra, 2.2 e 2.3). Si opererebbe, altrimenti, una inaccettabile identificazione tra attribuzione di un bene ai privati, e tutela risarcitoria di esso. La tutela risarcitoria, invece, è solo uno dei possibili modi di protezione civile di un bene o interesse, ed opera, in via di principio, solo quando la lesione di tale bene o interesse assuma carattere «patrimoniale». L'art. 2059

¹ Si osservi che gli attori della vicenda giudiziaria che ha condotto alla ricordata pronuncia delle sezioni unite della cassazione si erano in effetti qualificati come titolari di diritti di godimento fondiario.

c.c., reinterpretato nella prospettiva prima ricordata, appare pienamente congruo alla logica del sistema costituzionale, nonostante le oramai frequenti affermazioni contrarie, che hanno indotto a sollevare la questione di legittimità della norma. Al di là delle motivazioni originarie, nell'art. 2059, si esprime infatti oggi il rifiuto di assegnare un valore economico a beni o interessi intrinsecamente non monetizzabili, e di calcolarne quindi in denaro la lesione.

Diversamente deve dirsi quando l'obbligo di risarcire il danno assume la funzione di «pena privata» rispetto ad un'attività illecita, collocandosi quindi al di fuori dell'istituto della responsabilità civile in senso stretto. È questa, secondo un convincente orientamento culturale, l'ipotesi prevista dall'art. 185 c.p. del risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti da reato.

A questo proposito, può apparire eccessivamente restrittivo l'orientamento della cassazione (in relazione al quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale) che nega ai soggetti portatori di interessi collettivi la costituzione di parte civile nei processi per reati ambientali. In considerazione infatti sia del carattere strumentale, a fini di partecipazione e controllo dell'azione penale pubblica, che si tende ad attribuire all'azione civile, sia della peculiare funzione del risarcimento del danno non patrimoniale da reato, non appaiono forse insuperabili, sul piano del diritto positivo, le obiezioni mosse contro la costituzione di parte civile, nei procedimenti concernenti reati offensivi di beni collettivi, dei soggetti portatori dell'interesse alla salvaguardia e alla tutela di quei beni; e contro l'attribuzione, a tali soggetti, del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dall'ostacolo, conseguente al reato, al perseguimento delle loro finalità istituzionali.

3.2. Se le difficoltà di ordine strutturale che si contrappongono alla ordinaria tutela risarcitoria dell'interesse all'ambiente non si riproducono per la tutela inibitoria, non si possono però neppure sottovalutare la complessità e delicatezza dei problemi implicati da tale seconda prospettiva. Basti un accenno, in questa sede, al dibattito sulla configurabilità dell'inibitoria come rimedio generale nei confronti dell'illecito civile, o sulla esecuzione della condanna alla cessazione del fatto lesivo o all'adozione di misure tecniche protettive.

Interessa maggiormente soffermarsi sui presupposti e l'ambito del potere del giudice civile di pronunciare una condanna di questo tipo. La cassazione, nella decisione più volte ricordata, afferma che il «diritto all'ambiente salubre» è tutelato «incondizionatamente», e che qualunque

alterazione, da chiunque posta in essere, delle condizioni ambientali indispensabili «o anche soltanto propizie» alla salute è da considerarsi illecita.

Pare quindi di dover desumere² che il giudice civile abbia il potere di ordinare la cessazione di tutte le attività che producano il peggioramento di un determinato ambiente, rendendolo meno «propizio» alla salute.

Tale conclusione sarebbe però certamente eccessiva. Al di fuori delle ipotesi in cui l'inquinamento leda, o metta seriamente in pericolo, l'incolumità di individui determinati, è difficile affermare che ogni modificazione in peggio di determinate condizioni ambientali costituisca un illecito civile. In primo luogo, infatti, si consacrerrebbe per tale via l'assetto ambientale dato, sacrificando chi si trova in un ambiente già deteriorato e privilegiando invece chi goda in partenza di una situazione ecologica preferenziale. Tale rischio non è teorico, come è dimostrato da taluni sviluppi delle «iniziative civiche» nella Germania federale. Soprattutto, poi, la protezione dell'ambiente, se costituisce un interesse costituzionalmente rilevante, non può essere considerata aprioristicamente e astrattamente prevalente su ogni altro interesse, anch'esso assunto dalla costituzione: si pensi alla tutela dell'attività produttiva, in particolare sotto il profilo occupazionale. È chiaro quindi che il giudice civile, per determinare l'illiceità dell'attività inquinante, non potrà non procedere alla comparazione degli interessi dedotti in giudizio. Ma in base a quali parametri di valutazione?

Riprendendo tematiche dibattute soprattutto nell'esperienza nordamericana, si è prospettato il ricorso ad un'analisi dei costi e dei benefici delle diverse soluzioni. Il giudizio dovrebbe in sostanza fondarsi – e si perdoni lo schematismo rispetto a ragionamenti molto raffinati – sul raffronto tra il costo della cessazione dell'attività inquinante (o dell'adozione di misure tecniche di contenimento), ed il «danno» arrecato. In una logica civilistica, il secondo termine di paragone dovrebbe essere costituito dal danno «subito» dall'attore, che evidentemente non sarà che una parte, probabilmente minima, del danno «prodotto» complessivamente dall'inquinamento. Ma quand'anche – e ciò dovrebbe essere possibile mediante la tecnica dell'interesse collettivo (cfr. sopra, 2.3) – fosse preso in considerazione il danno all'ambiente nel suo insieme, è dubbio che l'analisi economica possa dare risultati affidabili, soprattutto se condotta con le modalità possibili in un giudizio civile. Come quantificare, infatti, interessi non monetizzabili, o monetizzabili

² La cassazione – essendo in sede di regolamento di giurisdizione (cfr. avanti, 4.2) – esplicitamente non si pronuncia sul punto, rinviando la questione al giudice di merito.

con calcoli estremamente complessi, come quelli sia alla conservazione dell'ambiente, sia al tipo di attività produttiva in questione (per il quale rilevano evidentemente, accanto al valore prodotto, l'occupazione operaia diretta ed indotta, l'utilità non solo economica ma anche sociale dello specifico settore produttivo, l'incidenza sulla bilancia dei pagamenti, ecc.)?

Soprattutto, poi, non è dato rinvenire nell'ordinamento (né nel codice civile, né nella Costituzione) un principio positivo per il quale l'allocazione più efficiente delle risorse costituisca regola precettiva, esclusiva o principale, per la qualificazione di un fatto come civilmente illecito; anche se naturalmente non si può escludere che una valutazione quantitativa degli interessi possa rientrare correttamente nel processo di formazione della decisione giudiziale.

L'altra via, entusiasticamente prospettata da settori sempre più ampi della recente civilistica, è quella del ricorso ai principi costituzionali, come idonei a fondare immediatamente il potere decisionale del giudice civile. Non è qui ovviamente il caso di affrontare il tema dell'applicazione diretta delle norme costituzionali, che pure meriterebbe un approfondito riesame (anche perché, superati i pregiudizi dommatici e le ostilità conservatrici del primo ventennio postcostituzionale, sembrano venute meno le ragioni che inducevano la cultura giuridica di orientamento progressista ad affermare incondizionatamente la soluzione positiva).

Si è comunque già osservato che le formulazioni costituzionali non consentono di attribuire alla tutela dell'ambiente – a differenza della salute come integrità fisica dell'individuo – un carattere «incondizionato». Ma quando la regolazione delle attività economiche – nella quale in definitiva si risolve un giudizio civile finalizzato alla tutela inibitoria dell'ambiente – richiede la complessa valutazione di molteplici interessi, la Costituzione stessa prevede l'intervento del legislatore, com'è espressamente previsto dagli artt. 41, 3 co. e 42, 2 co., e come prevalentemente si ritiene debba essere interpretata la prima parte dell'art. 41, 2° co.

In sostanza, pare che la tutela civile inibitoria (come ordine di cessazione dell'attività, o di adozione di misure tecniche protettive) sia ammissibile in presenza di inquinamenti che determinino lesione o pericolo prossimo per la vita o la salute di soggetti determinati; non però nei confronti di un mero peggioramento della qualità dell'ambiente, se non sulla base di parametri predeterminati sulla base della legge (cfr. più avanti, 4.3).

4. Le conclusioni cui si è giunti, anche se estensive rispetto agli orientamenti tradizionali, sono tuttavia restrittive rispetto a tendenze recenti, delle quali una delle formulazioni più limpide, oltre che più autorevoli, è rappresentata dalla decisione delle sezioni unite della cassazione cui si è più volte fatto riferimento.

Occorre approfondire dunque le ragioni che inducono a valutare con cautela un indiscriminato ampliamento della tutela civile dell'ambiente. Le tendenze in tal senso sembrano discendere da una triplice opzione: l'assoluta priorità assegnata al problema ecologico nell'ambito delle scelte sociali; la sfiducia nella capacità delle istituzioni politiche ed amministrative a fornire risposte adeguate, e quindi il ruolo di «supplenza» assegnato ai giudici; la preferenza, nel definire le forme di tutela di interessi non patrimoniali, per un allargamento delle garanzie individuali, rispetto al potenziamento del controllo sociale sulle attività economiche.

Quanto al primo punto, si può qui rinviare agli altri saggi pubblicati dalla rivista, limitandosi a ribadire che all'indubbia sottovalutazione delle forze politiche e sociali e delle istituzioni non sembra opportuno contrapporre drastici estremismi ecologici, quanto meno nel contesto di argomentazioni giuridiche.

Anche a questo proposito, invero, un ulteriore approfondimento richiede qualche considerazione sugli altri due profili ora segnalati.

4.1. Da un decennio si discute di supplenza dei giudici e di interessi diffusi. I due temi sono connessi, essendo entrambi riconducibili ai processi di trasformazione e crisi dello Stato tardocapitalistico, ampiamente esaminati, anche su *Democrazia e diritto*, da politologi e sociologi di diversi paesi e tendenze.

Gli interessi diffusi non sono protetti in misura adeguata dal complesso legislativo e dai pubblici poteri; né i soggetti politici tradizionali si mostrano capaci di assumerne la tutela come obiettivo proprio. I canali politici e amministrativi risultando così ostruiti, la crescente domanda sociale concernente quegli interessi si trasforma in richiesta di accesso alla giustizia (penale, amministrativa e civile).

Sarebbe dunque irrealistico, oltre che ingiustificato, un atteggiamento che si limitasse a contestare la legittimità e l'opportunità dell'intervento dei giudici, in base a una concezione tradizionale dei rapporti istituzionali e della divisione dei poteri.

L'intervento giudiziale, tuttavia, ha limiti strutturali che si ripercuotono sulla stessa idoneità ad una effettiva protezione degli interessi diffusi.

Esso è infatti necessariamente occasionale e frammentario, difficilmente coordinabile con l'azione amministrativa, e spesso così in contrasto con la normativa vigente, da venire vanificato nelle fasi successive del giudizio, anche per i limitati poteri esecutivi di cui in concreto dispone.

Le decisioni dei giudici in materia ambientale, inoltre, possono determinare conseguenze economiche e sociali di tale rilievo da renderne controproducente l'assunzione da parte di soggetti privi di investitura politica. Infine, l'adozione di tecniche individualistiche di tutela giurisdizionale, se consente di ovviare all'inerzia della burocrazia, sottrae tuttavia l'interesse diffuso anche a sedi istituzionali di tipo nuovo, idonee ad esprimere momenti di partecipazione e di autonomia decisionale delle collettività. Da queste considerazioni emerge l'esigenza, per superare almeno in parte i limiti descritti, di un duplice coordinamento: tra struttura processuale e concreta aggregazione sociale degli interessi diffusi; e tra giudizio civile e gestione pubblica dei beni collettivi.

Quanto al primo aspetto, si può ricordare la prospettiva (cfr. sopra, 2.3, 3.1) di una tutela civile dell'ambiente secondo la tecnica dell'interesse collettivo (anziché del diritto individuale). È possibile così delineare forme di protezione giurisdizionale congrue al carattere intrinsecamente collettivo delle domande sociali connesse all'ambiente, senza rinchiuderle in una logica di garantismo individualistico³.

4.2. L'esigenza poi di un coordinamento tra giudizio civile e azione amministrativa discende, oltre che dalle considerazioni appena svolte, anche dalle rilevanti e discutibili conseguenze che altrimenti discenderebbero dal principio per cui il giudice può inibire lo svolgimento di attività lesive dell'ambiente (cfr. sopra, 3.2).

Conviene tornare ancora su cass. 5172/79, muovendo questa volta dalla vicenda che è all'origine della decisione. La cassa per il mezzogiorno aveva proposto regolamento preventivo di giurisdizione, a séguito della azione di danno temuto intentata da alcuni privati nei confronti di opere intraprese da quell'ente per il disinquinamento del golfo di Napoli. Gli attori affermavano infatti che le opere intraprese dalla cassa avrebbero prodotto degradazione dell'ambiente naturale e danni alla loro salute e proprietà. La singolarità della vicenda (il «diritto all'ambiente» viene fatto valere contro un intervento pubblico a tutela dell'ambiente medesimo) non deve indurre a trascurare il carattere innovativo della decisione della cassazione, secondo

³ Va quindi ribadita l'opportunità di un intervento legislativo, soprattutto per gli aspetti processuali (cfr. sopra, 2.3).

la quale il bene-ambiente, come diritto soggettivo fondamentale, è protetto in sede civile anche nei confronti dell'autorità pubblica.

In tal modo, infatti, viene messo in discussione il tradizionale criterio discrezionale tra giustizia ordinaria e amministrativa, basato sulla competenza di quest'ultima nelle ipotesi di contestazione delle modalità di esercizio del potere pubblico – fondato legislativamente – di comprimere o estinguere la sfera giuridica di un soggetto, comprese le situazioni in origine tutelate come diritto soggettivo. Anche in queste ipotesi, invece, seguendo il ragionamento della cassazione, il bene-ambiente sarebbe tutelato con la tecnica del diritto soggettivo, anziché con quella dell'interesse legittimo, e quindi davanti al giudice ordinario.

Ma l'affermazione, che ne discende, del potere del giudice civile di inibire attività della pubblica amministrazione (ancorché svolte a protezione del medesimo interesse all'ambiente) porta ad attribuire al primo, anziché alla seconda, il potere di effettuare la valutazione finale e decisiva degli interessi pubblici e privati confliggenti, nella quale si sostanzia – come è stato criticamente rilevato – la potestà discrezionale che nel nostro ordinamento è affidata invece all'amministrazione.

È certo comunque che la protezione di interessi diffusi o collettivi – al di là della bontà o meno della soluzione prospettata dalla cassazione – introduce un elemento di crisi nel sistema della doppia tutela giurisdizionale, proprio del nostro ordinamento e sancito del resto dalla Costituzione. In essi, infatti, si presenta con una particolare intensità la coincidenza del medesimo bene come oggetto di un potere pubblico di gestione, e come interesse di soggetti sociali che non rivestono né richiedono la qualificazione pubblicistica. L'adozione di una tecnica di tutela di tipo garantista e individualistico, inoltre, aumenta le possibilità di conflitto tra il versante «pubblico» e quello «privato» della tutela.

In prospettiva, si riapre quindi un problema di riforma della legislazione, che tenga però conto non solo dei profili processuali (cfr. sopra, 2.3), ma anche, e nello stesso contesto, delle procedure amministrative.

4.3. Va considerata con attenzione una recente proposta, che muove dalla «procedura di bilancio di impatto ambientale» prevista dal progetto preliminare di direttiva della Cee, secondo il quale ogni costruzione, o modifica di costruzione, idonea ad incidere in maniera significativa sull'ambiente, dovrebbe essere oggetto di una valutazione preliminare sotto il profilo appunto dell'impatto sull'ambiente. Si è sottolineata l'esigenza di garantire la partecipazione al procedimento di tutti coloro

che potrebbero essere pregiudicati dalle ripercussioni della costruzione sull'ambiente, in modo da assicurare la valutazione comparativa, nella sede procedimentale, di tutti gli interessi rilevanti. Una volta conseguito tale risultato, dovrebbe essere però preclusa la possibilità di una tutela giurisdizionale civile nei confronti delle decisioni conseguenti, restando naturalmente salvo il sindacato sull'atto conclusivo del procedimento, davanti al giudice amministrativo.

La tutela civile del diritto individuale all'ambiente salubre andrebbe invece limitata al profilo risarcitorio⁴, al fine anche di indennizzare i soggetti per i quali si rendesse eventualmente necessario il trasferimento in un luogo differente. Si eviterebbe così di condizionare l'attuazione dell'interesse pubblico – definito mediante il procedimento di cui si è detto – alle resistenze forse emulative – e comunque, a questo punto, antisociali – di un privato.

La soluzione che si è ora riassunta appare condivisibile, purché se ne accentuino alcuni indispensabili presupposti.

Il primo consiste in profonde innovazioni legislative nelle modalità di tutela pubblica dell'ambiente, che ne assumano il carattere di bene omogeneo e collettivo, anziché di insieme di *res nullius* e di cose soggette a differenti regimi di appropriazione e di controllo pubblico.

È essenziale inoltre un'organizzazione del procedimento che assicuri la presenza di tutti i soggetti interessati, compresi quelli «collettivi»; non solo quindi, ad es., degli enti locali e dei singoli privati, ma anche dei movimenti e delle associazioni che agiscano sul territorio o che si propongano la finalità della protezione dell'ambiente.

Appare poi necessaria una strumentazione organizzativa che renda effettiva la partecipazione. Il progetto preliminare di direttiva comunitaria contiene apprezzabili indicazioni in questo senso, richiedendo (art. 7) non solo la previsione formale della raccolta dei pareri, ma anche la predisposizione dei mezzi idonei a fornire una completa informazione e a permettere la consultazione della documentazione relativa alla costruzione progettata e allo studio dell'impatto ambientale.

Andrebbero poi considerati con attenzione i meccanismi indennitari cui si è accennato, per evitare la monetizzazione indiscriminata dei danni ambientali, nonché l'opportunità che pur nel quadro ipotizzato residuino poteri di controllo giudiziario anche in sede civile, ad es. entro i margini – più ristretti certamente di quelli delineati dalla cassazione – cui si è

⁴ Almeno per le ipotesi di esecuzione di un'opera pubblica, ma il ragionamento sembra valido anche per le opere private soggette alla procedura di bilancio di impatto ambientale.

accennato (cfr. sopra, 3.2).

In attesa di una riorganizzazione legislativa, rimane peraltro aperto il problema (cfr. sopra, 3.2) di una maggiore precisazione dei parametri di comparazione degli interessi da adottare nel giudizio civile. Il problema, del resto, non concerne solo la tutela civile dell'ambiente come diritto individuale o interesse collettivo, ma anche, *mutatis mutandis*, le modalità di protezione dei diritti di godimento fondiario, alla luce di una reinterpretazione dell'art. 844 c.c. (cfr. sopra, 2.1).

A tal fine, si può ribadire, riprendendo argomentazioni più ampiamente svolte in altra sede, l'esigenza di un coordinamento della decisione giudiziale con le scelte definite dalle sedi istituzionali preposte alla mediazione dei conflitti sociali. A questo risultato si può giungere, ad esempio, integrando le «clausole generali», civilisticamente rilevanti in materia, con i parametri posti dalla legislazione di settore, mediante tecniche interpretative che lascino alla valutazione del caso concreto un margine non rigido, ma neppure del tutto discrezionale. Va ricordato, a questo proposito, che l'art. 4 della riforma sanitaria (l. 833/78) prevede l'emanazione di decreti che determinino i limiti massimi di accettabilità delle concentrazioni e di esposizione relativi agli inquinamenti e alle emissioni di rumore «negli ambienti di lavoro, abitativi e nell'ambiente esterno». Il giudice ordinario potrà disporre per tale via di *standards* utilizzabili per decisioni non arbitrarie.

Nota bibliografica

1. Cass sez. un. 6 ottobre 1979, n. 5172, è stata pubblicata o commentata in numerose riviste (compresa *Democrazia e diritto*: cfr. SALVI, *La cassazione, il diritto all'ambiente e la supplenza dei giudici*, *ivi*, n. 1, 1980). Cfr. inoltre tra gli altri, PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. ital.*, 1980, I, n. 1, pp. 859 ss.; SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?*, *ivi*, pp. 868 ss.; ZANUTTIGH, *Giudice ordinario e diritto all'ambiente: un passo avanti della cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 342 ss. Il sarcastico giurista citato nel testo è BON VALSASSINA, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali*, in *Giur. pad.*, 1949, IV, pp. 73 ss.
- 2.1. Per il dibattito recente sul rapporto tra l'art. 844 e la tutela dell'ambiente cfr. per tutti VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*,

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 689 ss.; Salvi, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, pp. 347 ss. Per Corte cost. 247/74, v. *Giur. ital.*, 1975, I, n. 1, p. 585 con n. Salvi.

2.2. L'estensore della decisione della Cassazione è CORASANITI, del quale si veda *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 180 ss.; analogo orientamento in PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Roma, 1979, pp. 29 ss.

2.3. Per la tutela civile dell'ambiente come interesse collettivo, cfr. SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in BUSNELLI, BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 445 ss.; *Idem*, *La tutela civile dell'ambiente*, cit.; per un'impostazione differente, ma critica per ragioni analoghe nei confronti dell'orientamento della Cassazione, cfr. LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'ambiente*, in *Foro ital.*, 1980, V, pp. 105 ss. In generale, sulla tutela civile degli interessi collettivi, RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del convegno), Padova, 1976, pp. 81 ss.

Per gli studiosi del processo civile cfr. soprattutto DENTI, *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori* (Atti del convegno), Milano, 1978, pp. 53 ss.; PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, pp. 322 ss.; VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979. Per la posizione restrittiva della cassazione sulla tutela degli interessi diffusi in sede di giustizia amministrativa, cfr. ZANUTTIGH, «*Italia nostra*» davanti alla Corte di cassazione, in *Foro it.*, 1979, I, pp. 167 ss.

3.1. Sulla tutela risarcitoria dei danni ambientali, cfr. COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, in Lipari, *Tecniche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 347 ss. Una rassegna del dibattito sulle funzioni della responsabilità civile è in ALPA, BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I, Milano, 1980², pp. 1 ss.; di quello sul risarcimento del danno non patrimoniale come pena privata in CENDON, *Il dolo extracontrattuale*, Torino, 1974, pp. 83 ss. Sull'interpretazione dell'art. 2059 c.c. cfr. per tutti, BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI, BRECCIA, *Tutela*, cit., pp. 515 ss.; PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, pp. 107 ss., anche per la questione di legittimità costituzionale della norma.

Sugli interessi collettivi nel processo penale cfr. BRICOLA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, in *Le azioni a tutela*, cit.,

pp. 131 ss.; ZANUTTIGH, *Profili costituzionali della legittimazione ad agire per la tutela di interessi diffusi*, in *Giur. ital.*, 1980, II, pp. 231 ss.; POSTIGLIONE, *La presenza del comitato di quartiere nei processi per reati ambientali*, in *Giur. mer.*, 1980, II, pp. 865 ss. Sulla «logica proprietaria» insita nella responsabilità civile cfr. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, pp. 152 ss.

- 3.2. Sull'ammissibilità dell'inibitoria come principio generale, e sui problemi di esecuzione, cfr. per tutti FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 441 ss.; RAPISARDA, *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 92 ss.

Per il ricorso all'analisi dei costi e benefici cfr. già, con riferimento all'art. 844 cod. civ., TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 347 ss.; per una rassegna del dibattito nordamericano ALPA, *Aspetti e tendenze della responsabilità civile*, in *Annali Fac. Giur. Genova*, 1977, pp. 418 ss. Sulle tecniche di selezione degli interessi nel giudizio di illiceità civile, in generale, cfr. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, pp. 245 ss.

- 4.1. Il punto sulla questione della supplenza giudiziaria è stato fatto molto chiaramente da RODOTÀ, *Prefazione a Crisi e rinnovamento della giustizia* (atti del congresso di Md), Milano, 1978, pp. 15 ss.

- 4.2. Per il problema della doppia tutela, cfr. MONTESANO, *Sulla tutela giurisdizionale degli «interessi diffusi» e sul difetto di giurisdizione per «improponibilità della domanda»*, in *Giur. ital.*, 1979, I, n. 1, pp. 1493 ss.; e soprattutto CAIANIELLO, D'AMELIO, *Aspetti istituzionali della procedura di bilancio di impatto ambientale*, in *Foro amm.*, 1981, I, pp. 747 ss., cui ci si richiama nel testo.

- 4.3. Per l'ambiente come bene giuridico e per le tecniche di gestione pubblica dei beni collettivi, cfr. GIANNINI, «Ambiente» *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 15 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 75 ss.

Per i rapporti tra tutela civile e legislazione speciale cfr. ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, in *Ecologia e disciplina del territorio* (Atti del convegno), Milano, 1976, pp. 39 ss.; SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 375 ss. Sulle direttive comunitarie a tutela dell'ambiente vedi, oltre a CAIANIELLO, D'AMELIO, *Aspetti*, cit., GIAMPIETRO, *La legge «Merli» e le direttive comunitarie a tutela dell'ambiente*, in *Foro amm.*, 1981, II, pp. 481 ss.; CORDINI, *Tutela giudiziale dei diritti ambientali e prima pronunzia della corte di giustizia in materia di ambiente*, in *Foro pad.*, 1981, IV, pp. 1 ss.

*La cassazione, il diritto all'ambiente e la supplenza dei giudici**

1. Con una recente, importante sentenza le sezioni unite civili (6 ottobre 1979, n. 5172) hanno delineato, in materia di tutela della salute e dell'ambiente, principi profondamente innovativi rispetto alla precedente giurisprudenza della cassazione, che pure non si era mostrata di recente aliena da spunti revisionistici interessanti.

In diverse occasioni, infatti, la cassazione aveva ammesso la possibilità di proporre azione davanti al giudice ordinario, nei confronti di fatti di inquinamento, direttamente sulla base del diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 della costituzione. Erano, queste, decisioni innovative (9 aprile 1973, n. 999; 6 ottobre 1975, n. 3164; 9 marzo 1979, n. 1463), in quanto consentivano di proporre l'azione civile al di fuori dell'art. 844 del codice civile (posto a tutela della proprietà da immissioni), che era considerato in precedenza l'unica norma applicabile per la tutela civilistica dell'ambiente.

La possibilità di agire in giudizio sulla base della norma costituzionale, invece che di quella del codice, consente infatti di prescindere sia dalla legittimazione ristretta ai proprietari (e comunque ai titolari di diritti di godimento fondiario), sia dai criteri contenutistici dell'art. 844, di stampo produttivistico e quindi idonei a tutelare piuttosto l'industria immittente che i soggetti lesi.

Questa giurisprudenza presentava però un duplice limite di fondo. Distingueva nettamente la tutela della salute in senso stretto da quella dell'ambiente, ritenendo ammissibile quest'ultima solo in presenza di un diritto immobiliare patrimoniale (9 marzo 1979, n. 1463); escludeva la possibilità di configurare la situazione protetta come «interesse collettivo», ammettendo la legittimazione solo in ordine a lesioni riferibili a singoli individui (8 maggio 1978, n. 2207).

Il primo limite è ora superato dalla cassazione, che afferma che nell'ambito della situazione protetta dall'art. 32 cost. rientra non solo la salute intesa nella consueta accezione civilistica di incolumità e integrità fisica dell'individuo, ma anche la preservazione, nei luoghi in cui si svolge la vita associata dell'individuo («comunità abitative o di lavoro»), «delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie» alla salute. Si configura così un «diritto all'ambiente salubre» come vero e proprio diritto soggettivo assoluto, ricondotto alla categoria dei «diritti della personalità».

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 140-145.

Questo diritto non solo è immediatamente azionabile davanti al giudice ordinario, ma è anche protetto «incondizionatamente» nei confronti di ogni tipo di aggressione, da chiunque posta in essere, compresa la pubblica amministrazione.

È evidente la portata innovativa dei principi così enunciati: ogni attività inquinante che alteri un assetto ambientale rendendolo meno «propizio alla salute» può essere qualificata come illecita sul piano civile (e quindi vietata, oltre al risarcimento dei danni; anche se la cassazione non indica il possibile contenuto della sentenza di merito), attraverso un'azione alla quale è legittimato chiunque abiti o lavori nell'ambiente sul quale l'attività incide.

2. Sembrerebbe così che la complessa tematica della protezione giurisdizionale dell'ambiente sia giunta al suo scioglimento – almeno sul piano dei principi – nel modo più lineare e tale da avverare i sogni più sfrenati del più avanzato tra i pretori d'assalto; e questa opinione parrebbe agevolata dalla cristallina chiarezza dell'argomentazione della corte, ben lontana da quelle, aggrovigliate e talvolta causidiche, alle quali ci ha abituato la pur meritevole giurisprudenza ecologica.

Tuttavia, proprio la semplicità della soluzione proposta induce a riflettere sulla sua praticabilità e sulla validità dell'ipotesi che la sottende. A prescindere da considerazioni più ravvicinate sui profili normativi ed ermeneutici (per i quali vedi SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?*, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*), si possono svolgere qui alcune considerazioni di politica del diritto. In primo luogo, va sottolineato come al fondo della decisione vi sia una implicita ma chiarissima sfiducia nei confronti della capacità sia del legislatore sia degli apparati amministrativi di affrontare e avviare a soluzione il sempre più grave problema della degradazione dell'ambiente. La «supplenza giudiziaria» appare allora l'unica via per porre rimedio a una situazione che raggiunge livelli oramai intollerabili; al punto che è considerato preferibile il blocco delle attività inquinanti, sempre e comunque, lungo le linee della nota (e ormai in verità datata) tesi dello «sviluppo zero».

Che quella sfiducia sia giustificata non è certo lecito dubitare; la sede legislativa (e le recenti vicende del rinnovo della legge Merli lo dimostrano) non appare pienamente convinta della serietà del problema ecologico; soprattutto, le soluzioni legislative sono poi disattese dagli apparati amministrativi, per ragioni diverse (al di là di quelle più strutturali di cui si dirà al punto 4): dalla macchinosità della normativa ai conflitti

di competenza, dalle condizioni generali di inefficienza delle strutture pubbliche alla specifica carenza di volontà e/o capacità di intervento in questo campo. È poi vero che persino di fronte alle situazioni più gravi, o addirittura catastrofiche (come ad es. quella della costa siracusana) solo l'intervento del giudice (in particolare il pretore penale) ha, di fatto, assicurato la presenza dei pubblici poteri e un minimo di protezione della salute e dell'ambiente, anche mediante l'assunzione da parte del giudice del ruolo di mediatore degli interessi in gioco (con audizioni delle forze sociali e con provvedimenti condizionati o a scadenze scaglionate nel tempo).

3. La soluzione della cassazione, che razionalizza e istituzionalizza la supplenza giudiziaria e la delegittimazione dell'intervento pubblico, non pare la più indicata, sia per i limiti tecnici ad essa connaturati, sia per la non condivisibilità dell'ipotesi politica che la sottende.

I due profili – tecnico e politico – sono collegati, intorno a un duplice ordine di considerazioni. Il primo è che il ricorso alla tecnica del diritto della personalità determina la riconduzione a una logica privatistica di un conflitto che è invece collettivo: l'interesse all'ambiente ha ad oggetto un bene che è intrinsecamente proprio di un insieme di individui, e non inerisce alla «persona» di uno o più soggetti determinati, come per i consueti diritti della personalità (vita, incolumità, nome, onore, riservatezza ecc.). Proprio il carattere qualitativamente nuovo del bene-ambiente (esterno all'individuo, ma non appropriabile nelle forme esclusivistiche della proprietà), rispetto al sistema tradizionale del diritto civile, viene svalutato da questa tecnica operativa, che tende invece a ricondurlo alla consueta logica individualistica.

Ne deriva anche una serie di limiti di praticabilità: l'impossibilità di far emergere in tutta la sua portata nella comparazione giudiziale il carattere collettivo del conflitto tra interesse alla produzione e all'ambiente; l'ammissibilità in concreto di una «monetizzazione» dei danni ecologici; il rischio di consentire veri e propri «ricatti legalizzati».

In secondo luogo, l'indirizzo della cassazione implica la sostituzione integrale con le decisioni del giudice delle scelte operate dalle sedi espressive della volontà popolare. In verità, la cassazione sembra voler dire che ogni alterazione di un ambiente determinato, tale da renderlo meno «propizio» alla salute, sia illecita per violazione dell'art. 32 cost. In concreto, però, non è difficile prevedere che i principi enunciati saranno interpretati come tali da attribuire al giudice il potere di valutare caso per caso i diversi interessi

implicati, dando a seconda delle fattispecie – e del suo grado di sensibilità ecologica – la prevalenza al contenimento dei danni ambientali o allo svolgimento di attività produttive.

Questa prospettiva contiene una forte carica antistatualistica, e non risponde alla ripartizione dei poteri disegnata dalla costituzione. Dal momento però che – giustamente – rilievi del genere non impressionano più nessuno, converrà soffermarsi sugli inconvenienti concreti, che non sono di poco conto. È noto che l'economia italiana si è venuta storicamente strutturando sul presupposto della pressoché illimitata libertà di inquinare. Il risanamento ecologico non può prescindere da questo dato, e richiede dunque, come avvertono gli specialisti, l'adozione di criteri programmati, coerenti e ben definiti di priorità, che tengano conto di una serie di fattori (l'entità dei danni ecologici, gli effetti occupazionali, l'utilità solo economica o anche sociale dei singoli settori produttivi, l'incidenza sulla bilancia dei pagamenti, l'esigenza di reperire fonti di energia ecc.). La remissione di queste scelte alla discrezionalità assoluta del giudice non solo contrasta con il principio dell'art. 41, c. 3 della costituzione, ma è anche strutturalmente incongrua, per i caratteri, tipici dell'intervento giudiziale, e particolarmente accentuati nella tecnica delineata dalla cassazione di occasionalità e di non coordinamento con un'azione programmata di intervento.

4. Fermarsi a questi rilievi sarebbe però veramente insufficiente, anche perché nell'attesa della mitica programmazione i processi di degradazione ambientale – e la correlativa delegittimazione statale – non si arrestano. Occorre invece interrogarsi sulle ragioni di fondo che spingono un organo non certamente sovversivo come le sezioni unite della cassazione a proporre soluzioni quali quella prima descritta; per cercare poi di individuare, naturalmente per linee generalissime, le prospettive di una possibile differente soluzione.

L'affermarsi della supplenza giudiziaria, e il dibattito sui rapporti tra interpretazione e politica del diritto, sono certo un aspetto della crisi dello stato tardocapitalistico, caratterizzato dal sempre crescente divario tra entità e acutezza delle domande sociali, e capacità delle istituzioni di dare risposte adeguate. Interessi come quello all'ambiente (basta ricordare le pagine in proposito di Claus Offe) sono paradigmatici di quelle istanze sociali inidonee sia a essere soddisfatte sul mercato, sia a integrarsi nel «mercato politico» delle rappresentanze dei gruppi organizzati. Sfuggendo queste domande alla negoziazione degli interessi divenuta ormai tipica nella formazione

della volontà istituzionale, i canali politici (amministrativi e legislativi) si rivelano insufficienti a ricondurle nel quadro delle funzioni statuali con un bastevole grado di soddisfacimento. Si spiega così come queste domande si organizzino poi in forme differenti da quelle istituzionali consuete: come fondamento di aggregazioni politiche atipiche e «orizzontali» (gli ecologisti francesi e tedeschi) o di iniziative di base (ad es. le *Bürgerinitiativen* diffuse nella Rft); oppure come domande di giustizia rivolte agli organi del potere giudiziario.

Proprio per questo una risposta che si limitasse a contestare la legittimità e l'opportunità dell'intervento giudiziario sarebbe tanto irrealistica quanto politicamente inadeguata.

D'altra parte, l'attivismo giudiziario presenta limiti oramai ben noti (si veda la chiara *Prefazione* di RODOTÀ agli atti del congresso di Rimini di Md in *Crisi e rinnovamento democratico della giustizia*, Milano, 1978, pp. 15 ss.), alcuni dei quali si sono prima ricordati: l'occasionalità e frammentarietà, le forzature (non sempre produttive) del dato normativo, l'assenza di coordinamento con le scelte legislative e con l'intervento amministrativo, il difetto di investitura politica e, spesso, di legittimazione sociale. Inoltre, la riconduzione delle «domande sociali» alle logiche individualistiche imposte dalla strutturazione tradizionale del processo (e in particolare di quello civile) ne implica non solo un carente soddisfacimento, ma anche un appiattimento, rispetto alla capacità di aggregazione e di espressione di momenti partecipativi e decisionali delle collettività interessate, di cui quelle domande sono potenzialmente dotate.

La stessa elaborazione che la cultura giuridica progressista ha condotto in questi anni, per definire uno statuto – sostanziale e processuale – idoneo a soddisfare le contrastanti esigenze ora ricordate, sembra ormai dimostrare che il terreno elettivo per la loro ricomposizione è quello legislativo, e che l'interpretazione adeguatrice e alternativa, utile come provocazione, è però con sempre maggiore evidenza insufficiente a fornire risposte effettive.

5. Quanto detto non implica però che la prospettiva debba di nuovo limitarsi alla pur necessaria riforma e della disciplina dei beni ambientali e degli apparati pubblici preposti al settore. Se quanto si è detto è vero, infatti, occorre pensare anche a un quadro normativo che consenta l'operatività di tecniche giudiziali a tutela degli interessi collettivi, costruite intorno a una duplice esigenza.

La prima concerne il coordinamento tra l'azione del giudice e la

concreta aggregazione sociale degli interessi. Come si è accennato, le tecniche tradizionali (come quella del diritto assoluto, alla quale ricorre la cassazione) sono tali da rendere difficile o impossibile l'emersione a livello giurisdizionale del carattere collettivo dell'interesse all'ambiente. Proprio la frantumazione sociale tipica del tardocapitalismo impone invece di progettare tecniche che consentano di concentrare, anziché disperdere atomisticamente, i momenti di intervento – anche giurisdizionale – dei singoli sui processi sociali ed economici.

Comincia a consolidarsi una tendenza giurisprudenziale che ammette la costituzione come parti civili nei processi penali di soggetti collettivi (sindacati, comitati di quartiere, enti locali, movimenti sociali come quello delle donne ecc.). Un intervento legislativo consentirebbe di procedere oltre in questa direzione, definendo gli aspetti della legittimazione, della pubblicità, del contraddittorio e dell'intervento, delle forme di tutela, dell'efficacia soggettiva della sentenza ecc., per la presenza di soggetti collettivi nel processo civile, oltre che in quelli amministrativo e penale.

Vi sono del resto esperienze straniere in materia (dalle *class actions* nordamericane alla legge Royer francese, alla recente legge della Rft sulle condizioni generali di contratto). Si tratta di esperienze da valutare con cautela, presentando forti elementi di neocorporativismo o di antistatalismo; ma che contengono indicazioni utili per una soluzione che sia invece più avanzata, in quanto idonea a definire canali istituzionali ai quali riportare, senza sminuirne la carica aggregante e partecipativa (e spesso anticapitalistica), le domande sociali «nuove».

La seconda esigenza di una riforma legislativa consiste poi nel coordinamento tra l'intervento del giudice e la gestione dei beni collettivi prevista dalla legislazione di settore e affidata agli apparati amministrativi centrali e decentrati: un coordinamento che, senza eliminare i margini della discrezionalità giudiziaria, consenta però di ridurla, evitando che ne derivi una contrapposizione tra l'intervento del giudice sollecitato da soggetti sodali, e la volontà «pubblica» che si forma nelle sedi istituzionali democratiche. Un primo recentissimo esempio, parzialmente soddisfacente, è contenuto nell'art. 3 della legge di modifica della legge Merli, che coordina azione amministrativa e processo penale. L'approfondimento di questa via richiede però un'attuazione sollecita e soddisfacente del sistema di controllo dell'ambiente, quale risulta oggi soprattutto dalla riforma sanitaria e dal dpr n. 616 del 1977, attuativo dell'ordinamento regionale (per un rapido esame si rinvia alle osservazioni di F. Giampietro in *Foro amm.*, 1979, II, pp. 266 ss.).

Lungo questa prospettiva, pare che sussista lo spazio perché le

tecniche giudiziali di intervento abbiano un ruolo non secondario in una strategia istituzionale complessiva, nella quale programmazione pubblica e autonomie sociali si compongano in un rapporto che non sacrifichi né il momento della decisione né quello della partecipazione.

*Funzione sociale della proprietà,
rendita parassitaria e corte costituzionale**

1. Le polemiche suscitate dalla sentenza della corte costituzionale (n. 5 del 1980) che ha dichiarato l'illegittimità delle norme della c.d. legge Bucalossi in materia di indennizzo per espropriazione coinvolgono tre temi di grande rilievo: l'interpretazione della norma costituzionale in materia di proprietà privata; i principi della legislazione urbanistica; il ruolo politico della corte costituzionale. Sono temi di grande respiro, che non è possibile esaminare in una breve nota; *Democrazia e diritto* si propone di tornare su ciascuno di essi. Si possono tuttavia enunciare almeno alcune considerazioni di massima.

Quanto al primo punto, è ormai evidente che il modello di proprietà privata al quale si ispira la corte costituzionale non ha alcun riferimento con l'art. 42 della costituzione, ma è puntualmente ricalcato sulla concezione «romanistica» della proprietà privata, quale disciplinata dai codici civili (e più da quello del 1865 che da quello del 1942), teorizzata nel secolo scorso dai pandettisti ed esposta dai manuali istituzionali meno aggiornati.

Il diritto di proprietà è visto come *di principio* illimitato e assoluto, per cui gli interventi legislativi di regolazione sono considerati eccezionali e specifici, devono essere giustificati da ragioni particolari e comunque non possono incidere al di là di un certo livello sul contenuto del diritto.

La sentenza n. 5, anche se ha ad oggetto i criteri per la determinazione dell'indennità di esproprio, si fonda su tale concezione, perché questa è l'unica che può giustificare il ragionamento della corte, secondo la quale il proprietario ha – in linea *di principio* – il diritto «al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso». Non è dunque, secondo la corte, il regime giuridico del bene a modellare il contenuto del corrispondente diritto soggettivo; ma questo è considerato come tipicamente comprendente tutte le forme di utilizzazione del bene possibili secondo le sue caratteristiche naturali.

È proprio questo, a ben vedere, il postulato che è alla base di tutto il ragionamento svolto dalla corte per negare la legittimità del criterio del valore agricolo medio per la determinazione della misura dell'indennità di esproprio. Esso le consente infatti: a) di identificare la garanzia costituzionale

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 343-348.

della proprietà con il valore del bene sul mercato (su un mercato, oltre tutto, veramente astratto, perché considerato prekeynesianamente a prescindere dall'intervento pubblico); *b*) di interpretare la legislazione urbanistica vigente come complesso di limiti che «presuppone facoltà preesistenti» (e non come normativa di conformazione dei diritti soggettivi); *c*) di considerare violato il principio di eguaglianza tra proprietari non perché la legislazione attribuisca «qualcosa di più» a coloro ai quali la programmazione urbanistica attribuisce il potere di edificare (secondo la lucida argomentazione di Sandulli), ma perché dà «qualcosa di meno» a coloro per i quali questo potere non sia riconosciuto.

Come si è detto, però, questi principi sarebbero forse piaciuti a Windscheid, o ai nemici di Roosevelt nella corte suprema degli anni '30; ma risultano del tutto estranei alla costituzione scritta, qualunque metodo si adotti per interpretarla (letterale, teleologico, storico, sistematico). Il presidente della corte costituzionale si è molto risentito (nell'intervista al «Corriere della sera» del 15 febbraio) con i critici della sentenza che hanno richiamato la funzione sociale della proprietà, accusandoli di dire cose «banali». Tuttavia, il principio della funzione sociale è norma giuridica, e qualche contenuto precettivo dovrà pur averlo, banale o non banale: eppure nella sentenza n. 5 non se ne fa parola, seguendo del resto una tendenza costante nella giurisprudenza costituzionale in materia.

Analogamente l'art. 3 della costituzione contiene non solo il 1° comma (cioè il principio di eguaglianza formale, utilizzato dalla corte per sanzionare la disparità di trattamento tra proprietari); ma anche il 2° comma, relativo all'eguaglianza sostanziale, che dovrebbe giustificare anche trattamenti differenziati *in pejus* per soggetti determinati (come i percettori della rendita fondiaria), se rivolti alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Si conferma insomma una lettura della costituzione da parte della corte costituzionale che ne privilegia gli aspetti garantistici, in chiave più liberista che liberale. Eppure il referente culturale per una interpretazione della normativa in materia di proprietà più aderente ai principi costituzionali non manca certo. Settori consistenti della cultura giuridica italiana (da Pugliatti a Natoli, da Rodotà a Giannini) hanno, a partire dagli anni '50, sottolineato gli elementi innovativi contenuti nell'art. 42 rispetto al modello codicistico di proprietà (e in particolare il valore precettivo della funzione sociale e la riserva di legge come elemento centrale della norma costituzionale); e proposto inoltre i modelli concettuali idonei a ricomprendere sia quei principi, sia l'abbondante legislazione di settore

in materia. Si pensi a categorie come quella della funzionalizzazione del diritto soggettivo, o della pluralità di tipi di proprietà, conseguente non solo alle caratteristiche naturali dei diversi beni, ma anche all'intervento programmatico del legislatore.

Amadei, nella citata intervista, ha prospettato una revisione costituzionale dell'art. 42. Se la corte da lui presieduta fosse più attenta al testo costituzionale, e meno sensibile alle ragioni della proprietà, di tale revisione non vi sarebbe bisogno. Tuttavia, dal momento che di riforma costituzionale si continua a parlare, perché non inserire anche la norma sulla proprietà tra le disposizioni costituzionali da «razionalizzare», nella prospettiva indicata da Pizzorusso nel precedente numero di *Democrazia e diritto*?

2. Il secondo tipo di problema sollevato dalla sentenza della corte concerne la normativa urbanistica. Va intanto segnalato come con quattro sbrigative frasi la corte si sia liberata di un problema – quello della inerenza o meno della facoltà di edificare al diritto di proprietà dopo la legge n. 10 del 1977 – che ha suscitato accanite discussioni in dottrina, che è stato per lo più risolto in senso negativo, e che il legislatore intendeva risolvere nello stesso senso (come risulta dai lavori preparatori). Per dimostrare l'infondatezza della tesi della corte è sufficiente rinviare a uno scritto del 1978 di un autore come Sandulli, non solo prestigioso ma anche non certo sospetto di tendenze antiproprietarie (*Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, nella *Riv. dir. civ.* e nella *Riv. giur. edil.*; in particolare i §§ da 5 a 10).

Interessa piuttosto qui sottolineare due aspetti. Il primo è che, nella ricordata intervista, il presidente Amadei, mentre sottolinea polemicamente il carattere tecnico e neutrale dell'attività giurisdizionale della corte, si lascia andare a considerazioni sulla legge Bucalossi che rispecchiano le polemiche consuete della destra contro i «programmi che non si realizzano e restano programmi», o «i marchingegni che tanto hanno contribuito a minare la fiducia del cittadino nelle istituzioni». È significativo che la polemica, di stampo neoliberalista, si rivolga non alla speculazione edilizia (che ha devastato il paese negli anni '50 e '60 con la connivenza del sistema di potere a livello centrale e locale, senza peraltro assicurare il fabbisogno abitativo necessario); ma contro il tentativo, certo perfettibile, ma comunque il più organico ed avanzato mai posto in essere in Italia, operato con la legge n. 10, di realizzare finalmente una programmazione urbanistica degna di questo nome.

Il secondo aspetto concerne invece gli argomenti addotti dalla corte per

negare la legittimità del criterio del valore agricolo medio per la determinazione dell'indennità di esproprio. Gli argomenti sono sostanzialmente due: *a)* dal momento che il potere di edificare fa ancora parte del diritto di proprietà fondiaria, l'indennizzo deve essere commisurato alla destinazione edificatoria del suolo urbano, altrimenti non sarebbe un «serio ristoro» per il proprietario espropriato; *b)* quel criterio integra una disparità di trattamento – e quindi violazione dell'art. 3 – sotto tre profili: 1. il criterio fa riferimento al valore agricolo medio dei terreni secondo i tipi di coltura praticati nella regione agraria interessata, e quindi implica trattamenti differenziati di situazioni omogenee dal punto di vista edificatorio, sulla base di un fattore del tutto estrinseco quale il maggiore o minore pregio delle zone agricole vicine; 2. la previsione di un coefficiente di maggiorazione dell'indennità per le aree situate all'interno dei centri edificati implica una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle aree immediatamente adiacenti al perimetro urbano; 3. la disparità di trattamento vi è infine anche tra proprietari espropriati e proprietari di aree identiche e vicine che invece «possono disporre in regime di libera contrattazione».

Quanto al punto *a)*, si è detto in precedenza che esso consegue direttamente alla concezione romanistica della proprietà assunta dalla corte come parametro di riferimento in materia proprietaria. C'è da domandarsi se una norma di legge che sancisse chiaramente ed esplicitamente che il potere di edificare non fa parte del contenuto del diritto di proprietà sarebbe veramente sufficiente ad accontentare la corte. Il riferimento al valore agricolo è del resto meno astratto di quanto la corte mostri di ritenere, perché si fonda proprio (e ne conferma anzi la vigenza normativa) sul principio della separazione di quel potere dal diritto di proprietà: se, *di principio*, il proprietario *non* può edificare, il valore tipico del suo bene (e l'unico «serio ristoro» che può pretendere) è quello corrispondente all'attività tipica sul suolo non edificato, che è appunto quella agraria.

Quanto poi ai tre aspetti del punto *b)*, va detto, per il primo, che appare assurda la pretesa della corte di ricondurre ad un trattamento assolutamente paritario tutti i proprietari fondiari, abbiano un terreno pastorizio in montagna o un suolo al centro di una grande città; per il secondo, che la soluzione legislativa potrebbe anche essere quella di escludere ogni coefficiente di maggiorazione rispetto al valore agricolo per tutti i suoli di una regione determinata, indipendentemente dalla loro collocazione nel centro urbano, in periferia o in campagna.

Il terzo punto, però, induce a un ripensamento più approfondito. Il presidente Amadei nega veementemente che la pronuncia della corte possa portare a commisurare l'indennità di esproprio al valore «di mercato» del

fondo. La sentenza afferma però che è vietata ogni disparità di trattamento tra i proprietari espropriati e quelli che possono disporre delle aree «in regime di libera contrattazione»; e che è astratto, sperequante e illegittimo ogni criterio che non si fondi sulla «considerazione delle caratteristiche del singolo bene da espropriare». È difficile allora evitare la conclusione che l'unico criterio legittimo – almeno finché resterà in Italia anche un solo proprietario che abbia il diritto di costruire sul suo fondo – sia per la corte quello fondato sul valore del fondo considerato come edificabile: e dunque che altro se non il «valore di mercato»? Tanto più che il carattere oneroso della concessione di edificare è considerato irrilevante, dal momento che «è quanto mai difficile che il sistema adottato riesca ad impedire la traslazione degli oneri stessi a carico degli acquirenti delle unità immobiliari costruite», come dice la corte utilizzando la moda dell'analisi economica del diritto.

Come già avvenne con la famosa sentenza n. 55 del 1968, la corte scavalca insomma il compromesso legislativo faticosamente costruito tra forze di sinistra e settori moderati. Allora si disse che l'illegittimità dei vincoli di inedificabilità non indennizzati discendeva dal fatto che il legislatore non aveva operato la scelta di separare il potere di edificare dal diritto di costruire. Oggi che quella scelta è stata compiuta, da una parte la si nega sfruttando ogni residua incertezza legislativa, dall'altra se ne contesta in fondo la stessa sufficienza: solo un'avocazione integrale e generalizzata allo stato della rendita fondiaria sarebbe infatti idonea, a quanto risulta dal ragionamento della corte, a giustificare un'indennità di esproprio non commisurata al valore «edificatorio» del suo urbano (e suburbano); altrimenti permarrrebbe sempre la disparità di trattamento tra il proprietario espropriato e il proprietario che ha ottenuto invece la concessione edilizia.

3. Quanto al ruolo «politico» della corte costituzionale, l'ampiezza e la complessità del tema costringono a poche osservazioni, accompagnate da un rinvio al recente libro di Mezzanotte, che contiene una approfondita e convincente analisi.

La prima osservazione è che la conferma della tutela preferenziale che la corte assicura alla rendita fondiaria (anche più che ai diritti di libertà, come ha osservato Rodotà su «La Repubblica» del 16 febbraio) dimostra ulteriormente il suo carattere di organo non solo non «neutro», ma orientato forse più socialmente che politicamente. Del resto l'esame storico-comparativo offre non pochi esempi in proposito; mentre non

mancano studi oramai classici sulla funzione di «filtro degli interessi di classe» che le corti supreme svolgono nel tardo capitalismo (dalla riflessione di Franz Neumann negli anni '30 a quella recente di Claus Offe).

È difficile negare, tuttavia, l'atteggiamento di singolare sottovalutazione della funzione della corte che hanno avuto in passato le forze politiche, i comportamenti delle quali hanno invece talvolta spinto più a rafforzare che a ridimensionare la «centralità» di questo organo (si pensi ad esempio alle vicende che hanno accompagnato la sentenza sugli otto referendum del 1977-78).

Proprio per questo rivestono un particolare interesse le «reazioni» che la decisione della corte ha provocato non tanto a livello di giudizi delle forze politiche e sociali o dei *mass media* (giudizi che sono apparsi peraltro in questa occasione particolarmente e insolitamente decisi), quanto soprattutto da parte degli organi costituzionali, e specialmente del diretto interlocutore della corte, il parlamento (in quanto organo che ha prodotto le norme dichiarate illegittime e che ha il compito di colmare la lacuna normativa lasciata dalla sentenza).

I regolamenti parlamentari del 1971 contengono norme finalizzate espressamente al «séguito delle sentenze della corte costituzionale» (artt. 108 reg. camera, 139 reg. senato). La camera aveva in effetti avviato in questa occasione tale procedura – finora praticamente inutilizzata –, che prevede la formulazione di un documento da parte della commissione competente per materia, dopo un dibattito con la partecipazione di uno o più relatori designati dalla commissione affari costituzionali, allo scopo di valutare la necessità di iniziative legislative e di indicarne i criteri informativi.

Il governo ha però nel frattempo presentato al senato un disegno di legge in materia, sì che la procedura avviata alla camera è stata sospesa. Si è persa in tal modo un'importante occasione per avviare un più corretto rapporto tra parlamento e corte: l'esame della sentenza *ex art. 108 reg. camera* avrebbe consentito infatti, più che non l'ordinaria discussione del disegno di legge del governo, l'esplicarsi nella sede istituzionale idonea di una dialettica costituzionale che si è espressa invece, ad opera anche del presidente della corte, esclusivamente sulla stampa, secondo una tendenza generalizzata quanto discutibile.

Quanto al contenuto del disegno di legge del governo, si è scelta la via, per così dire, «meno peggiore»: quella cioè di riprodurre le norme dichiarate illegittime dalla corte, considerando però l'indennità in tal modo determinata come «soggetta a conguaglio», in attesa di un'apposita legge «sostitutiva delle norme dichiarate illegittime», da emanarsi entro un anno. La soluzione è chiaramente provvisoria, ma consente di tenere aperta – a

differenza di quanto in primo tempo il governo sembrava voler fare – la strada di una revisione della legge Bucalossi che la renda più rispondente ai principi costituzionali: che non sono quelli enunciati dalla corte a maggioranza di un voto, ma quelli sanciti dall'art. 42 della costituzione, che riserva alla legge la determinazione dei modi di godimento della proprietà, al fine di assicurarne la funzione sociale.

L'esplicita avocazione alla collettività del potere di costruire appare dunque ormai la via obbligata sia per una giusta soluzione del problema, fondata sul principio della funzione antisociale della rendita fondiaria, sia per la riaffermazione della fondamentale regola costituzionale che affida al parlamento le grandi scelte economiche e sociali.

*Abuso del diritto. Diritto civile**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il divieto di abuso come problema storico – 3. Il divieto di abuso come problema normativo – 4. Emulazione e abuso del diritto – 5. Funzione sociale, principi costituzionali e abuso del diritto – 6. Correttezza, buona fede oggettiva e abuso del diritto – 7. Il c.d. abuso di maggioranza – 8. Il c.d. abuso dell'azione – 9. L'abuso nell'esercizio dei diritti potestativi – 10. Considerazioni conclusive – 11. Fonti normative – 12. Bibliografia.

1. *Premessa*

Concettualmente, la figura dell'abuso del diritto concerne ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però – sulla base di criteri non formali di valutazione – privo di tutela giuridica, o illecito.

Quali siano i criteri, in base ai quali operare la valutazione predetta, è tuttavia discusso; ed i fautori della vigenza di un siffatto principio ne propongono contenuti differenti, e muovono da esigenze, e da fondamenti normativi, non sempre omogenei. Ripensando soprattutto la cultura giuridica francese dell'inizio del secolo – che ha prodotto le più significative riflessioni sul tema – ne sono state autorevolmente individuate due versioni, sostanzialmente divergenti (RESCIGNO, P., [9], pp. 220 ss.). La prima versione, di ispirazione cattolica, giudica l'atto secondo un metro di ordine morale, che trascende i rapporti sociali; la seconda, di ispirazione laica e solidaristica, fonda invece il giudizio sulla congruità dell'atto ai valori "sociali" fatti propri dal sistema.

Lo stesso autore sottolinea peraltro il carattere essenzialmente storico, e non concettuale, del problema dell'abuso. In effetti, solo una considerazione storica consente di superare l'*impasse* che lo stesso "concetto" di abuso si trova ad affrontare, per la difficoltà tecnico-giuridica di una adeguata collocazione nell'ambito della teoria del diritto soggettivo.

Risale infatti alle origini stesse della moderna riproposizione della figura l'obiezione secondo la quale "dove comincia l'abuso, finisce il diritto". Si obietta, sostanzialmente, che ciò che va definito in via generale è il contenuto della situazione soggettiva, e quindi l'ambito dei poteri spettanti al titolare. Di fronte al caso concreto, poi, il giudizio di congruità concerne sempre e solo la riconducibilità dell'atto alla fattispecie astratta. Rispetto a tale giudizio, non residuerebbe dunque lo spazio per una

* Pubblicato in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1-6.

ulteriore valutazione di giuridicità.

L'obiezione ha una indubbia pregnanza tecnica: ed è comunque difficile negare che il problema dell'abuso si ponga non come sovrapposizione di due giudizi qualitativamente diversi (il primo di stretto diritto; e uno successivo di ordine etico o "sociale"); ma come individuazione, in un ordinamento dato, del contenuto dei poteri spettanti al titolare di una situazione giuridica, sulla base degli indici normativi desumibili dall'insieme dell'ordinamento medesimo.

Rimane tuttavia vero il precedente rilievo: la dimensione, anche tecnica, del problema dell'abuso può essere colta solo intendendo, sia pure nelle linee generalissime, il senso del destino storico della categoria.

2. Il divieto di abuso come problema storico

La nozione di abuso, elaborata dai glossatori e dagli scrittori di diritto comune come strumento di raccordo tra la sfera del diritto e quella della morale, viene abbandonata, sia sul piano teorico che su quello normativo, nella fase di formazione del moderno diritto privato. Essa appare infatti incongrua, e anzi contraddittoria, rispetto alle istanze di razionalizzazione del sistema che sono alla base sia delle codificazioni civili del secolo scorso, sia della ricostruzione operata dai pandettisti; e che non sembrano lasciare spazi residuali tra i due poli della norma generale e astratta attributiva del potere, e della libertà del titolare nell'esercizio del potere attribuito.

La riproposizione della figura dell'abuso con un valore ordinante – avvenuta tra la fine del secolo scorso e l'inizio di questo – non esprime invero più – se non in taluni autori, e comunque con una connotazione largamente estrinseca rispetto alla funzionalità concreta del principio – l'antica tensione tra morale e diritto. Essa ha piuttosto il suo referente nella tendenza – connessa a processi di trasformazione delle strutture complessive delle società contemporanee – all'allargamento del controllo giudiziale sugli atti dei privati; e si presenta come il tentativo di favorire e razionalizzare tale tendenza.

L'obiezione concettuale in precedenza ricordata si colloca anch'essa nella dialettica tra controllo giudiziale e tecnica normativa della fattispecie generale e astratta. In essa si esprime, dunque, non un'impossibilità di ordine logico-giuridico, ma la riaffermazione dei principi dell'eguaglianza formale e della certezza del diritto, rispetto all'emergente principio della sindacabilità degli atti di esercizio del diritto soggettivo.

Sarebbe peraltro eccessiva una generalizzazione che traducesse immediatamente, come talvolta avviene, il dibattito sull'abuso nei termini di un conflitto tra individualismo e socialità, tra conservazione e progresso.

Si considerino, come emblematico esempio, le opposte tendenze prevalse nell'esperienza giuridica del nazismo e in quella invece del fascismo italiano. Mentre la prima assunse, almeno nella sua fase originaria, il controllo giudiziale fondato sulle clausole generali tra gli strumenti idonei a finalizzare le "posizioni giuridiche" dei singoli agli scopi della "collettività generale", la seconda fu attenta a espungere dal processo di ricodificazione del diritto privato norme che a quel controllo lasciassero uno spazio troppo ampio; compresa quella, pure in un primo tempo prevista, che sanzionava appunto l'abuso del diritto.

Altro esempio significativo e più recente è costituito poi dalla tendenza giurisprudenziale, operante soprattutto in Francia, ad utilizzare la figura dell'abuso per circoscrivere le modalità di esercizio legittimo del diritto di sciopero (cfr. criticamente MONTUSCHI L., *Il diritto di sciopero e il c.d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, pp. 56 ss).

Non pare in effetti proficua un'opzione pregiudiziale a favore della configurabilità del divieto di abuso come tecnica che consenta di adeguare la rigidità della legge scritta alle esigenze fatte proprie dalla "coscienza sociale", oppure ai valori desumibili dalla Costituzione. Non è infatti dimostrabile la idoneità in astratto di un principio generale siffatto alla realizzazione delle predette finalità.

Il tema – che certamente esula nella sua vastità dall'ambito di questa voce – richiede invero una verifica in concreto, esaminando la funzione che quel principio svolge, o potrebbe svolgere, nelle diverse materie (si rinvia in proposito al saggio di RESCIGNO, P., [9], che costituisce tuttora il fondamentale punto di riferimento in materia).

3. *Il divieto di abuso come problema normativo*

Ai nostri fini appare opportuno svolgere una ricognizione che prenda le mosse dal quesito concernente la operatività, nel nostro ordinamento, di un principio per il quale l'esercizio di qualsivoglia diritto soggettivo debba ritenersi, in via generale, sottoposto al divieto di abuso. Si tratta cioè di verificare, necessariamente per grandi linee, se possa considerarsi vigente un principio inespresso, per il quale il comportamento di un soggetto, astrattamente conforme al contenuto del suo diritto, possa essere ritenuto

illecito, o comunque immeritevole di tutela, alla luce di un parametro di valutazione di ordine generale.

L'interesse della ricerca sta nel carattere *inespresso* del principio suddetto. Infatti, perché l'affermazione della vigenza del divieto di abuso abbia un significato precettivo, e non meramente concettuale, occorre individuarne un contenuto normativo ulteriore rispetto alle singole norme espresse, anche a largo contenuto discrezionale. Tali norme appariranno allora l'esplicitazione (più o meno ampia, a seconda della loro formulazione) del più generale principio dell'abuso, con riferimento all'ambito oggettivo di ciascuna di esse.

In altri termini, il problema positivo dell'abuso si colloca oltre la mera rilevazione del ruolo delle clausole generali contenute nel codice civile, o dei principi costituzionali, nei rapporti interpretati; e consiste nell'individuazione di un autonomo principio giuridico che sia, in primo luogo, desumibile in via di generalizzazione dalle predette, o da altre, fattispecie normative; e, in secondo luogo, tale da aggiungere un *quid pluris* di valenza precettiva, rispetto al contenuto normativo di ciascuna di esse.

Si è in effetti dedotta la vigenza, nel nostro ordinamento, del divieto di abuso del diritto, come principio generale, dall'esistenza, nelle materie della proprietà, del rapporto obbligatorio e dell'autonomia contrattuale, di disposizioni (come quelle sull'emulazione, la correttezza e la buona fede) che consentono di sindacare gli atti di esercizio del diritto sulla base di criteri non formali di valutazione. La mancata sanzione del principio nel codice del 1942 è apparsa quindi superata dalla presenza di norme espresse, per ciascuno dei grandi campi del diritto privato patrimoniale, che prevedono un controllo degli atti dei privati, non alla stregua dello "stretto diritto", ma in relazione a più ampi criteri di giudizio (NATOLI, U., [6]).

Tuttavia, proprio la codificazione di quelle norme ha indotto, al contrario, a negare la vigenza – o comunque l'utilità – del principio dell'abuso, che sarebbe appunto sostituito, piuttosto che esplicitato, nelle singole materie, dalle clausole generali ora ricordate. Appare dunque opportuna una verifica più ravvicinata.

4. *Emulazione e abuso del diritto*

Secondo l'interpretazione che appare preferibile, l'art. 833 pone la "economicità" dell'atto del proprietario quale presupposto stesso della qualificazione dell'atto medesimo come esercizio del diritto.

È difficile dubitare del fatto che il problema del controllo della rispondenza dell'atto di esercizio del diritto di proprietà alla funzione per la quale la situazione oggettiva è attribuita e tutelata è affrontato e risolto dal legislatore in questa sede; e che lo è attraverso una sostanziale identificazione di quella funzione con l'"interesse" del proprietario. Tale regola si ricava del resto dall'art. 840, 3° co., che sembra costituire la formulazione più moderna dello stesso principio sancito dall'art. 833, che usa invece un dettato di stampo più tradizionale.

Pare comunque certo che attraverso le due norme ora ricordate si esaurisce la possibile operatività di un principio dell'abuso nel campo del diritto di proprietà, restando poi alla sensibilità dell'interprete di affermare che le norme predette costituiscono la disciplina "specificata" dell'abuso in tale campo; oppure che la sostituiscono.

Né un'interpretazione evolutiva dell'art. 833, alla luce dei principi costituzionali, potrebbe condurre a risultati molto differenti. Il dato saliente di tale interpretazione consiste nel sostituire un giudizio di "proporzione" tra danno e molestie arrecate, e utilità per il proprietario, al criterio giurisprudenziale (corrispondente all'interpretazione letterale) secondo il quale anche una "minima" utilità per il proprietario basta a negare il carattere emulativo dell'atto.

La fondazione di una siffatta prospettiva sul dato normativo dell'art. 833 non convince però pienamente. In primo luogo, infatti, essa tende a stravolgere la struttura e la funzione della norma, la cui *ratio* è indubbiamente riconducibile allo scopo di troncare, in senso positivo, la discussione, vivace sotto la vigenza del codice del 1865, circa l'ammissibilità o meno del divieto della *Schikane* (*malitiis non est indulgendum*). La trasformazione della malizia da elemento soggettivo (*animus nocendi*) a oggettivo (carenza di scopo, come risultato pratico dell'atto) pare poi il massimo di ammodernamento di cui possa essere fatto carico all'antica formula dell'emulazione.

In secondo luogo, è difficile negare che, nel sistema del codice, il conflitto tra interesse del proprietario e interessi di soggetti "terzi" in ordine al godimento del bene è risolto, in via di principio, e salve specifiche norme che dispongano diversamente, a favore del primo: purché, appunto, sia in questione un "interesse" effettivo del proprietario (art. 840, 3° co.), che rilevi come "scopo" degli "atti" di lui (art. 833).

In effetti la determinazione del rapporto di "proporzionalità" tra soddisfazione dell'interesse del proprietario, e soddisfazione di interessi di altri soggetti, nel godimento dei beni, non può essere operata attraverso l'art. 833, che "ha in realtà una portata assai più modesta" (RESCIGNO, P.,

[9]); ma sulla base dei principi costituzionali, e in particolare di quello della funzione sociale della proprietà privata (NATOLI, U., [14]).

5. Funzione sociale, principi costituzionali e abuso del diritto

Occorre allora piuttosto domandarsi se il principio della funzione sociale possa operare come tecnica di controllo sulle modalità di esercizio del diritto di proprietà, contenutisticamente diversa da quella desumibile dall'art. 833. La risposta sarebbe negativa se si seguisse l'orientamento che rifiuta in via generale alla funzione sociale ogni operatività immediata, argomentando con la riserva di legge contenuta nell'art. 42, 2° co., Cost.; di conseguenza, la funzione sociale disciplinerebbe esclusivamente il comportamento degli organi legislativi. Quand'anche, tuttavia, come pare preferibile, se ne affermi invece il carattere di principio generale immediatamente operante nella materia della proprietà, pare difficile estendere tale operatività, oltre l'efficacia – pur sempre mediata da specifiche norme di legge – di criterio direttivo per l'interpretazione, di fondamento giustificativo dell'applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 disp. prel., di strumento di integrazione contenutistica del dato positivo.

In tal modo, la determinazione della “proporzionalità” tra interesse del proprietario e interessi “altri” rimane affidata alla conformazione normativa del diritto soggettivo.

La prospettazione del rilievo immediato della funzione sociale attraverso la tecnica dell'abuso, suggestiva in via di principio, appare invece di difficile concretizzazione. L'illegittimità del comportamento “antisociale” (in quanto lesivo dell'insieme dei valori e degli interessi che, nel quadro costituzionale, sono da considerarsi sussunti nel qualificativo “sociale”) del proprietario opererebbe, secondo tale tesi, in presenza di particolari rapporti contrattuali aventi ad oggetto l'utilizzazione del bene.

In tal modo, tuttavia, il principio della funzione sociale rileva non ai fini della qualificazione o meno dell'atto del proprietario come esercizio del diritto; bensì a quelli del giudizio di liceità della causa o del motivo dell'atto di autonomia: che è problema estraneo alla tematica dell'abuso, e riconducibile piuttosto all'arricchimento, alla luce dei valori costituzionali, della clausola dell'ordine pubblico.

Sembra di poter generalizzare tale rilievo. È in effetti difficilmente configurabile una rilevanza immediata e generale dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, attraverso la sussunzione di essi in un generale

divieto di abuso del diritto.

Tale difficoltà discende sia dalle ragioni di ordine generale addotte per rifiutare una indiscriminata risposta positiva al problema della *Drittwirkung* (riassunta da RESCIGNO, P., *Attuazione e attualità della Costituzione*, Bari, 1979, pp. 241 s.); sia da una più specifica impermeabilità a quei principi delle tecniche tradizionalmente ricondotte alla tematica dell'abuso. Quelle tecniche, infatti, sono finalizzate a un controllo giudiziale dell'esercizio del diritto soggettivo, che lo riconduca però non a una razionalità di tipo differente, e talvolta antagonista, rispetto a quella che è alla base della attribuzione del diritto medesimo (secondo l'innovazione più rilevante, desumibile dai principi costituzionali); bensì alla razionalità (o allo "scopo") oggettivamente tipica del rapporto considerato, e che giustifica appunto l'attribuzione.

Si è già visto come questa sia in effetti la *ratio* di fondo del divieto di atti emulativi; e come tale *ratio* risulti peraltro ulteriormente delimitata dalla formulazione testuale dell'art. 833.

Ma il rilievo è generalizzabile, come si diceva, oltre la materia dei diritti reali: il divieto dell'abuso, per la sua stessa strutturazione tecnica, può implicare infatti un controllo sulla condotta attuativa di una regola formale data, e non la modificazione del contenuto della regola medesima. Difficilmente, dunque, un controllo giudiziale potrebbe condurre a modificare la "logica" privatistica del rapporto.

Con tale rilievo, non s'intende evidentemente negare, in via pregiudiziale, la possibilità di una rilevanza, anche immediata, dei principi costituzionali nei rapporti privati. Pare tuttavia che tale rilevanza debba esplicarsi attraverso tecniche di controllo sociale delle attività private, differenti da un generico "divieto di abusare" della situazione soggettiva attribuita, e articolate invece secondo le caratteristiche specifiche delle diverse fattispecie, e delle diverse norme costituzionali ad essa riferibili.

6. Correttezza, buona fede oggettiva e abuso del diritto

Anche i tentativi di integrare i principi della correttezza nel comportamento del debitore e del creditore (art. 1175), e della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto (artt. 1337, 1366, 1375) con i valori sociali fatti propri dalla Costituzione, com'è noto, non hanno mancato di suscitare obiezioni.

Alla base di tali obiezioni è probabilmente il rilievo che quei principi

appaiono più idonei a garantire la congruità della condotta delle parti alla funzione oggettiva del rapporto (anche oltre il mero adempimento degli obblighi formalmente previsti) – e se mai a una funzione correttiva rispetto all'applicazione dello stretto diritto (ESSER, J., [33]) alla luce di valori, in senso lato, etici – che non alla integrazione del contenuto del rapporto mediante l'inserimento di valori (quali appunto quelli “sociali”, ai sensi della Costituzione) eteronomi rispetto al contenuto medesimo.

Senza prendere posizione in proposito, si può comunque ribadire – riprendendo un precedente accenno (*supra*, 5.) – che quest'ultima funzione (la si ritenga propria anche del principio di buona fede – RODOTÀ, S., [16] – o rimessa invece solo all'intervento legislativo, e, in mancanza, agli usi e all'equità – cfr. art. 1374 –) appare estranea alla tematica dell'abuso.

Quest'ultima, infatti, si riferisce non all'eventuale imposizione di regole di condotta ulteriori rispetto a quella poste dalle parti o dalla legge; ma al controllo sulle modalità di svolgimento della condotta, oltre l'osservanza formale della “regola”, comunque posta. E considerazioni simili valgono per l'analoga controversia sulla funzione del principio di correttezza, come modificazione del contenuto del rapporto, o invece come criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto stesso.

Ma, anche con riferimento alle ipotesi in cui i suddetti principi sono funzionalmente riconducibili alla struttura logica dell'abuso, pare che la deduzione dei primi dal secondo sia tutto sommato non tanto inesatta, quanto improduttiva. Essa non consente, infatti, di estenderne né l'ambito di applicazione, né la portata precettiva.

È ormai generalmente ammesso che le regole della buona fede e della correttezza – sostanzialmente espressive di un medesimo criterio di giudizio – sono applicabili a tutte le ipotesi in cui fra le parti sussista un “vincolo speciale” (LARENZ, K., [34]), che, se non necessariamente integri un rapporto obbligatorio in senso stretto, ne presenti tuttavia le fondamentali connotazioni strutturali (ad es., i diritti reali limitati: RESCIGNO, P., [9]). Si raggiunge il tal modo la massima area di estensione utile del principio: a meno di risolverlo altrimenti in un generico riferimento alla “solidarietà”, come clausola comprensiva dei fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento, e consustanziale quindi all'essenza medesima della regolazione giuridica.

Seguendo questa prospettiva, tuttavia, si rende forse più difficile la individuazione delle funzioni specifiche che i principi di buona fede e di correttezza concretamente assolvono o potrebbero assolvere (cfr., in questo senso, DI MAJO, A., [15] e CATTANEO, G., [17]). È questo un compito che

richiede anzi, lungi da una più elevata generalizzazione, quella maggiore articolazione analitica, che sola può consentire l'inquadramento corretto di problemi spesso ricondotti alla tematica dell'abuso, come quelli dell'ammissibilità della c.d. *exceptio doli*, o del valore della regola del *venire contra factum proprium*, o dei c.d. obblighi di informazione. Per questi problemi, in altri termini, il ricorso a una formula ampia e indeterminata come quella dell'abuso del diritto sembra privo di effettiva utilità, e qualche volta può anzi risultare tautologico.

7. *Il c.d. abuso di maggioranza*

Convieni ora allargare la rassegna delle figure ricondotte, dalla dottrina o dalla giurisprudenza, all'abuso del diritto, oltre il campo dei diritti reali e dei rapporti obbligatori. Nel diritto societario, l'espressione "abuso" (o "eccesso") di potere viene usata con riferimento a un particolare vizio di legittimità nel quale incorrerebbero le deliberazioni delle assemblee di società per azioni, adottate per la realizzazione di "interessi" diversi da quello "sociale". La controversia sull'ammissibilità, e sui presupposti, di un vizio siffatto è peraltro vivace, e in essa si riproduce, ancora una volta, la discussione sull'ambito e i limiti del controllo giudiziale nei confronti dell'esercizio di situazioni soggettive di diritto privato. Si nega, dai critici della figura, l'ammissibilità di quello che si configurerebbe come un sindacato del giudice sulla conformità dell'esercizio del diritto di voto col fine per il quale esso è stato concesso, in quanto si consentirebbe in definitiva, per tale via, un controllo di merito sulla gestione della società.

Aiuta poco, a questo proposito, la costante affermazione giurisprudenziale secondo la quale sarebbe ammissibile solo un sindacato di "legittimità", e non di "merito", della deliberazione assembleare: dal momento che si tratta di stabilire appunto il criterio normativo che consenta di discriminare le due ipotesi, in assenza di una disciplina espressa (v. la giurisprudenza in SILVETTI, C., *Assemblea di società per azioni (rass. giurispr.)*, in *Giur. comm.*, 1977, I, pp. 1014 ss.).

Le soluzioni proposte in dottrina sono diverse, e oscillano da una rigorosa riconduzione del controllo giudiziale al "conflitto di interessi" (tra soci e società) in senso tecnico, che è l'unica fattispecie espressamente prevista dall'art. 2373 (MINERVINI, G., *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, pp. 330 ss.), analogamente a quanto disposto dall'art.

1394 in materia di rappresentanza; alla più ampia configurabilità di un controllo circa il perseguimento dell'interesse oggettivo della società da parte del socio, nell'esercizio del voto (GALGANO, F., *La società per azioni*, Bologna, 1979, pp. 174 ss.); oppure a soluzioni intermedie, che limitano il controllo alla repressione di finalità oppressive della minoranza (COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, p. 644). Anche se talvolta si è fatto ricorso, per fondare l'illegittimità della deliberazione assembleare oltre l'espressa previsione dell'art. 2373, alla nozione generale di abuso del diritto (TRIMARCHI, P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblee di società per azioni*, Milano, 1958, pp. 169 ss.), pare evidente che le diverse soluzioni prospettate siano piuttosto riconducibili a concezioni diverse della struttura e della funzione della società per azioni, e alla maggiore o minore intensità con cui si avverte l'esigenza di una regolazione normativa di determinati problemi, di fronte a "una disciplina che nega gli abusi stessi in partenza" (FERRARA, F. Jr., *La tutela delle minoranze nella società per azioni*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1977, p. 285).

E tali problemi, in effetti, concernendo in realtà la c.d. tutela delle minoranze (e quindi il rapporto tra proprietà e controllo della grande impresa), nonché la tutela dell'interesse pubblico nella gestione di questa, difficilmente possono essere riconducibili a un generico divieto di abusare delle situazioni soggettive; postulando invece precise opzioni, eventualmente anche di riforma legislativa, nei confronti della strutturazione del regime giuridico dell'impresa.

Considerazioni non dissimili, *mutatis mutandis*, vanno svolte con riferimento ad altri aspetti del regime giuridico dell'impresa, e in particolare della concorrenza: in ordine alla operatività del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato istitutivo della CEE; e alla reinterpretazione, alla luce dei principi costituzionali, della clausola della correttezza professionale, ai fini del divieto della concorrenza sleale *ex art.* 2598 (cfr. GHIDINI, M., in *Tratt. dir. comm. Galgano*, IV, Padova, 1981, pp. 90 ss.).

8. *Il c.d. abuso dell'azione*

Alla nozione di abuso del diritto si è fatto ricorso in campo processuale per inquadrare la responsabilità aggravata della parte in malafede o colpa grave, o che abbia agito senza la normale prudenza nella richiesta di un

provvedimento cautelare (art. 96 c.p.c.; cfr. PAJARDI, P., *La responsabilità per le spese e per i danni*, Milano, 1959, pp. 65 ss.).

Come è stato rilevato, peraltro (RESCIGNO, P., [9], pp. 254 ss.), anche in questa materia l'effettiva utilità del ricorso alla nozione di "abuso del diritto di azione" sussiste solo qualora se ne affermi una portata precettiva oltre il disposto codicistico.

Il riferimento è quindi non tanto alla delimitazione delle ipotesi di responsabilità aggravata, quanto alla ammissibilità di un disconoscimento dell'interesse ad agire, quando il processo (e gli effetti di esso) sia azionato per la realizzazione di un interesse immeritevole di tutela, differente dallo scopo specifico per il quale esso è predisposto.

Pare che una siffatta impostazione, tuttavia, possa fondarsi normativamente più sulla rilettura della norma sull'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.; cfr. PROTO PISANI, A., in *Comm. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, pp. 1077 ss.) che sull'estensione, alla luce del principio dell'abuso, dell'art. 96, in precedenza ricordato, o del dovere di lealtà e di probità delle parti, ai sensi dell'art. 88 c.p.c.

È evidente, comunque, che tale prospettiva può implicare un'indagine non sui motivi individuali e sulle intenzioni dell'attore, ma se mai sull'impossibilità di realizzare in concreto l'interesse in cui si risolve la causa tipica della specifica azione proposta. Un esempio significativo è quello dell'opposizione del coniuge alla domanda di divorzio, quando non vi sia alcuna prospettiva concreta di poter ricostruire la vita in comune, e l'opposizione trovi radice solo in motivi di natura ideologica (RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano*⁴, Napoli, 1980, p. 245).

9. *L'abuso nell'esercizio dei diritti potestativi*

Va considerata, infine, la materia dei rapporti di lavoro, nella quale forse con maggiore incisività ha operato la tendenza storica (alla quale si accennava *supra*, 2.) alla introduzione di elementi di discrezionalità e di controllo nell'esercizio di diritti precedentemente considerati insindacabili.

Il progressivo abbandono (dapprima attraverso la contrattazione collettiva, poi per via legislativa) del principio del recesso *ad nutum* dal contratto di lavoro a tempo indeterminato (art. 2118), a favore dell'esigenza di una giusta causa o di un giustificato motivo del licenziamento, è apparso anzi espressivo di un più generale principio, già desumibile dall'art.

1355 in tema di condizione meramente potestativa, che richiederebbe una giusta causa dell'atto di esercizio del potere (derivante dalla legge o dall'autonomia privata) di porre fine unilateralmente a un rapporto (RESCIGNO, P., [9], pp. 248 ss.).

Tale principio appare in altri termini idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi in cui figure tipiche di diritti potestativi (il cui esercizio era tradizionalmente reputato insindacabile) vengono invece sottoposte ad un controllo giudiziale dell'esercizio, attraverso revisioni interpretative o riforme legislative.

L'effettiva utilità di un ricorso alla formula del divieto di abuso viene riscontrata essenzialmente nell'ambito dei "rapporti dominati dall'organizzazione degli interessi" (RESCIGNO, P., [9], pp. 290 ss.): e dunque, oltre che nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nelle materie dell'associazione (ad esempio per l'esclusione immotivata, quando lo statuto lo consenta) e della famiglia, soprattutto sotto il profilo della sindacabilità dell'ingiustificato rifiuto del consenso richiesto per il perfezionamento di determinate fattispecie. Si considerino, ad es., le norme in materia di rifiuto del consenso: per atti concernenti l'amministrazione dei beni della comunione legale, da parte di uno dei coniugi (art. 181); per il riconoscimento del figlio naturale da parte del genitore che ha già riconosciuto (art. 250, 4° co.); per l'adozione, da parte dei genitori dell'adottando (art. 297, 2° co.); per la commutazione successoria, da parte del coniuge o dei figli naturali (artt. 537, 3° co.; 542, 3° co.).

10. *Considerazioni conclusive*

Concettualmente, come già si osservava (*supra*, 1.), il ricorso alla categoria dell'abuso, nei confronti di fattispecie positive che ad essa appaiono riconducibili, si conferma dunque significativo per lo più sotto un profilo storico, come inquadramento del fenomeno della progressiva estensione di forme di controllo giudiziale sull'esercizio di situazioni soggettive di diritto privato.

Sotto il profilo operativo, la formula appare invece, soprattutto nel vasto campo dei diritti soggettivi in senso stretto (v. *supra*, in partic. 4. e 6.), una sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva. Essa risulta quindi per lo più improduttiva, e talvolta anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali, e che richiederebbero

dunque piuttosto un'articolazione analitica delle rispettive – e differenti – funzioni, tecniche operative e criteri contenutistici, che la riconduzione a un principio ancora più generale.

Tale conclusione appare avvalorata da un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, la strutturazione individualistica dei diritti soggettivi patrimoniali, essendo strettamente legata al modo d'essere dei rapporti economici e sociali sottostanti, risulta anche tecnicamente non modificabile attraverso forme di intervento che non intacchino quel modo di essere, e si limitino ad un'astratta affermazione dell'esigenza di sindacare, attraverso il controllo giudiziale, l'esercizio di diritti così connotati, alla luce di valori confliggenti con quella strutturazione (v. *supra*, 5.).

In secondo luogo, la mera attenuazione invece degli squilibri derivanti dall'esercizio di quei diritti, nei limiti compatibili con la loro natura, è già operabile attraverso le clausole generali contenute nel codice, e in precedenza ricordate. Come pure si è rilevato, per assumere la massima operatività delle clausole generali codicistiche occorre non già un'ulteriore astrazione in termini di principi generali – che rischierebbe di renderle evanescenti – ma un'analisi specifica e ravvicinata, che ne indichi anche le possibili concrete applicazioni, lungo una prospettiva di ricerca che da tempo è assunta da larghi settori della nostra cultura giuridica.

Non si può non condividere, al contrario, l'affermazione (che percorre le pagine conclusive del saggio di RESCIGNO, P., [9], più volte ricordato) dell'esigenza di approfondire i profili di operatività del divieto di abuso in campi differenti da quelli ancora coperti dalla figura del diritto soggettivo in senso stretto, e nei quali la modificazione dei rapporti sociali consente di inquadrare le situazioni soggettive secondo schemi diversi (diritti potestativi tipizzati nella causa, potestà, poteri), corrispondenti a un effettivo (e non solo asserito) deperimento della prevalenza dei profili individualistici e patrimoniali (v. *supra*, 9.). Possono così in questi campi operare con maggiore ampiezza tecniche che, per i diritti reali e i rapporti obbligatori in senso stretto, hanno invece un ambito di operatività nettamente e positivamente delimitato. Tali tecniche possono fondarsi (RESCIGNO, P., [9]) muovendo dai principi desumibili dall'art. 1345 (che implicherebbe la sindacabilità del motivo illecito di un atto unilaterale); o dall'art. 1355 (che consentirebbe di porre in termini generali la necessità di una giusta causa nel potere unilaterale di risoluzione del rapporto (v. *supra*, 9.).

11. *Fonti normative*

Si rinvia alle fonti citate nel testo.

12. *Bibliografia*

- Per il dibattito sotto la vigenza del codice del 1865 (anche per ampi riferimenti storici e comparatistici) v. [1] SCIALOJA, A., *Aemulatio*, in *E.G.I.*, I, 2, 1, Milano, 1892, pp. 422 ss.; [2] BRUNETTI, G., *Il delitto civile*, Firenze, 1906, pp. 174 ss; soprattutto [3] ROTONDI, M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 ss., 209 ss., 417 ss. Sull'art. 74 del progetto italo-francese di codice sulle obbligazioni, che sanciva il divieto di abuso, v. [4] BRUGI, D., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, s.d. (1936), pp. 79 ss.
- Sul dibattito circa l'opportunità di codificare il principio nella codificazione del 1942 (l'art. 7 del progetto ministeriale stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto») v. [5] GIORGIANNI, V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, pp. 5 ss.
- Successivamente, la vigenza di un principio generale che vieta l'abuso nell'esercizio del diritto è affermata soprattutto da [6] NATOLI, U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 26 ss. Cfr. inoltre [7] ROMANO, SALV., *Abuso del diritto: c) Diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 166 ss.; la breve nota, fortemente critica, di [8] SCIALOJA, A., *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 256 ss.; e lo studio di teoria generale di GIORGIANNI, V., [5].
- Rimane poi fondamentale l'ampio studio di [9] RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 ss., al quale si fa più volte riferimento nel testo. Va naturalmente ricordata la classica pagina dedicata al tema da [10] SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*⁸, Napoli, 1964, p. 76.
- Più di recente, alla problematica dell'abuso si è fatto riferimento soprattutto nell'ambito di studi concernenti le clausole generali contenute nel codice. All'interno di una letteratura molto vasta, si ricordano, per i profili trattati nel testo: sull'emulazione e la funzione

- sociale della proprietà, [11] COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 90 ss.; [12] MAZZONI, C.M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, pp. 601 ss.; [13] RUFFOLO, U., *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse nel diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, pp. 23 ss.; [14] NATOLI, U., *La proprietà*², I, Milano, 1976, pp. 159 ss.; [15] DI MAJO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pp. 364 ss.; [16] RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 175 ss.; [17] CATTANEO, G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, pp. 613 ss.; [18] NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa*, 1961, I, pp. 157 ss.; [19] BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp. 4 ss.; [20] ALPA, G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, pp. 277 ss.
- V. inoltre le rassegne di [21] DOSSETTI, M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, cc. 1573 ss.; di [22] DI FRANCIA, A., *L'abuso di diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 115 ss.
- Per il diritto francese (nel quale, pur in assenza di una disciplina espressa, la giurisprudenza fa ricorso al principio dell'abuso in numerose materie) vanno segnalate in primo luogo le opere che hanno impostato nei termini moderni il dibattito sul tema; e quindi almeno [23] JOSSERAND, L., *De l'abus des droits*, Paris, 1905; [24] JOSSERAND, L., *De l'abus des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*², Paris, 1939; [25] RIPERT, G., *Abus ou relativité des droits*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1929, pp. 33 ss.; [26] RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*³, Paris, 1935, pp. 167 ss. Per gli sviluppi più recenti v. [27] PIROVANO, A., *La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Jossierand*, in *Dalloz*, 1972, *Chroniques*, pp. 67 ss.; [28] PIROVANO, A., *L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises*, in *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 313 ss.; [29] BESSONE, M., *Proprietà «egoista», abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Foro it.*, 1974, IV, cc. 141 ss.; [30] MARTIN, R., *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, in *RTDC*, 1975, pp. 52 ss.
- Nell'ordinamento tedesco il divieto, in via generale, di un *Rechtsmissbrauch* è stato desunto dal principio di buona fede ex §242 BGB, piuttosto che dai §§ 226 (divieto di emulazione) o 826 (obbligo di risarcire

- il danno recato in maniera contraria ai buoni costumi). Cfr. quindi [31] WIEACKER, F., *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*, Tübingen, 1950; [32] WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen, 1967, pp. 514 ss. (trad. it. a cura di Santarelli e Fusco, *Storia del diritto privato moderno*, I-II, Milano, 1980) per un ampio quadro d'insieme; [33] ESSER, J., *Schuldrecht*³, I, Karlsruhe, 1968, pp. 32 ss., e [34] LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*⁹, I, München, 1968, pp. 107 ss., anche per i profili di cui nel testo; un utile aggiornamento in [35] RANIERI, F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 361 ss.
- Particolarmente interessante è l'esperienza elvetica, per la presenza dell'art. 2, 2° co., del codice civile, secondo il quale «il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge». Cfr.: [36] MERZ, H., *Einleitung*, in *Berner Kommentar zum Schw. Zivilrecht*, I, Bern, 1962, pp. 201 ss.; [37] DESCHENAUX, H., *Le titre préliminaire du code civil*, in *Traité de droit civil Suisse*, II, 1, Fribourg, 1969, pp. 169 ss.; [38] TERCIER, P., *L'abus de droit en droit privé suisse*, in AA.VV., *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 441 ss.
- Molto limitati sono invece gli elementi desumibili dagli ordinamenti di *common law*. Cfr.: [39] O'SULLIVAN, R., *Abuse of rights*, in *Current Legal Problems*, 1955, pp. 51 ss.; [40] NAPIER, B.W., *Abuse of rights in british laws*, in AA.VV., *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 265 ss.; [41] FORKOSCH MORRIS, D., *Abus du droit under doctrine and jurisprudence in the United States*, in AA.VV., *Inchieste di diritto comparato*, 7, *L'abuso del diritto*, a cura di M. Rotondi, Padova, 1979, pp. 143 ss.

V. FAMIGLIA

*La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico**

1. L'avvio del dibattito parlamentare sui disegni di legge in materia di unioni civili, al di là delle polemiche quotidiane alle quali troppo spesso si sta riducendo la politica italiana, ha riproposta un tema che forse troppo facilmente si è ritenuto definitivamente superato, quello cioè del rapporto tra ordinamento giuridico positivo e diritto naturale. E ciò sotto due versanti.

Anzitutto, la Chiesa cattolica ha affermato, al massimo livello e con insistenza, che esistono principi di diritto naturale che condizionano la legittimità delle legislazioni in materia familiare, e non solo in tale materia.

Benedetto XVI, in occasione del congresso internazionale sul diritto naturale, promosso dalla Pontificia Università lateranense (12 febbraio 2007), ha affermato che «ogni ordinamento giuridico trae ultimamente la sua legittimità dal radicamento nella legge naturale», e che tale affermazione «ha applicazioni molto concrete se si fa riferimento alla famiglia». L'istituto del matrimonio «ha stabilità per ordinamento divino», e la sua disciplina fa parte di quelle «norme che non ammettono interventi in deroga» da parte del legislatore di qualunque Stato.

Il filosofo del diritto Francesco D'Agostino, il maggior teorico odierno del giusnaturalismo cattolico sottolineava, commentando il discorso del Pontefice, che «il rispetto del diritto naturale è il fondamento di legittimità delle leggi dello Stato»

2. Il secondo aspetto del ritorno di attualità del diritto naturale deriva dalla circostanza che è la nostra stessa Costituzione a usare in tema di famiglia una formulazione che in qualche modo evoca il diritto naturale: l'articolo 29, per il quale «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società *naturale* fondata sul matrimonio».

Diritto naturale e famiglia: è utile ricordare che proprio il matrimonio è l'esempio addotto da Ulpiano nel passo delle sue Istituzioni, nel quale si propone la definizione dello *ius* naturale come diritto proprio non solo del genere umano, ma anche del mondo animale: «*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*».

* Pubblicato in *Rivista di diritto civile*, 2007, pp. 535-545. Relazione al seminario dell'Istituto italiano di Scienze umane, Firenze, 15 marzo 2007.

E l'esemplificazione è appunto in ciò che, non solo il genere umano, ma tutti gli animali, terrestri, marini e gli stessi uccelli hanno in comune «*maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*», così come hanno in comune la procreazione e l'educazione dei figli.

3. Per la verità è proprio questa idea di Ulpiano della natura, come comune al genere umano e agli animali, che è contestata dal giusnaturalismo cristiano: ed è in questa contestazione che risiede, a me pare, la radice della divaricazione tra giusnaturalismo cristiano e giusnaturalismo laico.

Francesco D'Agostino, nel suo volume «Filosofia del diritto», così motiva la presa di distanza dalla formulazione di Ulpiano: «Nella prospettiva di giusnaturalismo teologico, la natura non possiede alcuna rilevanza intrinseca, se non per il fatto che in essa e da essa traluce la volontà normativa divina». E i precetti del diritto naturale si identificano così necessariamente con «*quod in lege et in Evangelio continetur*», secondo la celebre formula di Graziano.

Da qui derivano due conseguenze. La prima è quella sottolineata dal cardinale Camillo Ruini, nel suo ultimo discorso da Presidente della Conferenza episcopale italiana, quando ha affermato che ai fini della regolazione giuridica della famiglia, e in genere di fronte alla richiesta sempre più diffusa di nuovi diritti, «il punto decisivo è l'apertura della razionalità umana alla trascendenza, cioè in concreto, a Dio e anche all'Uomo che non può essere considerato un pezzo di natura».

La seconda conseguenza è che per il giusnaturalismo teologico il contenuto del diritto naturale non sembra oggetto possibile di vero dialogo tra credente e non credente. È vero infatti che a esso può arriversi anche attraverso la *recta ratio*: ma è accettabile solo la conclusione razionale, che sia conforme a quella data dall'unico soggetto autorizzato a dare per così dire l'interpretazione autentica di ciò che si intende per natura, perché il concetto stesso di natura richiama a una fondazione trascendente rispetto alla storia.

Per il giusnaturalismo cristiano la parola natura non ha in effetti lo stesso significato che per il giusnaturalismo laico. Per il primo, la natura esprime il disegno divino sul creato; per il secondo, valori che possano considerarsi in un determinato momento storico comuni, universali.

La differenza viene espressa, nel dibattito odierno sul riconoscimento giuridico delle «coppie di fatto», con il riferimento, da parte cristiana, a un «principio antropologico», che individua nella omosessualità una devian-

za rispetto alla natura, che è insieme umana e divina, dell'essere umano. Questa devianza dalla natura renderebbe illegittima, appunto perché in contrasto con il diritto naturale, una normativa che desse rilievo giuridico, e una qualche forma di tutela, al rapporto omosessuale.

4. Facciamo ora un passo indietro di quarant'anni. La discussione sul rapporto diritto naturale-diritto positivo, ai fini dell'ordinamento giuridico della famiglia, si svolse e fu accesa in Italia in occasione del dibattito sull'introduzione del divorzio prima, e poi della riforma del diritto della famiglia.

I giuristi cattolici sostenevano che la norma dell'articolo 29, alla quale ho fatto prima riferimento, dovesse essere interpretata nel senso che con la formula «società naturale» si debba intendere «società di diritto naturale» e che il «riconoscimento» di tale società naturale non sia che il riconoscimento della anteriorità rispetto allo Stato, della famiglia come realtà preesistente, originaria e immutabile nel tempo. Secondo tale interpretazione, la stessa essenza e natura della famiglia esigerebbe quindi un ordinamento dei suoi rapporti giuridici immutabile, ed estraneo alle vicende del diritto positivo. La conseguenza che ne veniva tratta era di considerare sia l'indissolubilità del matrimonio, sia la supremazia del marito e del padre nell'ambito dei rapporti familiari, sia il *favor* ai figli legittimi rispetto ai figli nati fuori del matrimonio, come imposti al legislatore ordinario dalla norma costituzionale (per tutti Santoro Passarelli, Carraro).

5. Sul versante opposto si affermava che l'espressione «società naturale» dovesse essere intesa come una sorta di rinvio all'evoluzione sociale, che modifica nel tempo i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli. La «natura» insomma va storicizzata, l'articolo 29 della Costituzione va inteso nel senso che il legislatore deve basarsi sulle valutazioni operate nell'ambiente sociale, nei cambiamenti della struttura e dell'organizzazione della famiglia. Ne deriva la necessaria relatività e storicità della disciplina giuridica dei rapporti familiari (per tutti Maiello, Rodotà).

Nell'Assemblea costituente la formulazione dell'articolo 29 aveva consentito l'incontro, per così dire, dei due giusnaturalismi, quello cristiano e quello laico, cioè — con riferimento alla famiglia — dei due diversi modi di intendere la formula «società naturale». E nemmeno si poneva il problema teorico del rapporto fra giusnaturalismo e positivismo giuridico,

giacché l'articolo 29 è comunque norma «posta», interna al sistema che al giurista spetta soltanto interpretare e applicare. Nel momento però delle scelte legislative sollecitate negli anni '60 dal processo di liberazione culturale e civile in atto nella società italiana, le due impostazioni tornavano radicalmente a divergere.

6. Com'è noto prevalse l'interpretazione «laica»: prima con l'introduzione del divorzio, poi con l'approvazione della riforma del diritto di famiglia, che ha disegnato i rapporti familiari sulla base dell'eguaglianza dei coniugi, e dell'eguaglianza tra i figli, siano nati dentro o fuori del matrimonio. Per tale via, l'impianto patriarcale della tradizione veniva travolto, insieme al principio dell'indissolubilità del matrimonio.

La sconfitta dell'identificazione della famiglia con uno specifico modello di famiglia, quello regolato dal Codice civile del 1942, per adeguarla invece ai valori e ai modelli di comportamento dell'Italia di quegli anni, vide insomma perdente l'idea che la famiglia, in quanto istituto «di diritto naturale», fosse immutabile nei tratti giuridici ereditati dalla tradizione.

7. Tornando ai giorni nostri, va detto subito che l'evoluzione del diritto costituzionale vivente rende, o dovrebbe rendere, inutile ogni controversia sulla costituzionalità di una disciplina delle unioni civili come quella della quale, con diverse prospettazioni, si dibatte in questi giorni in Parlamento. Il dubbio di costituzionalità non si pone; o meglio non si pone nei termini proposti dalla tesi che afferma la illegittimità di qualunque riconoscimento giuridico del rapporto di coppia, etero o omosessuale, in quanto lesivo dell'articolo 29 della Costituzione.

L'interpretazione della normativa costituzionale a riguardo è infatti diversa, ed è da tempo chiara, univoca e consolidata nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità.

A partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 237 del 13 febbraio 1986, i supremi organi giurisdizionali hanno costantemente affermato che il rapporto di convivenza è costituzionalmente rilevante e meritevole di tutela, costituendo una delle «formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo» (il linguaggio sessista non è mio!) ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Si è in presenza, dicono i giudici, di interessi meritevoli di tutela «per le basi di fondata affezione che li esaltano e gli aspetti di soli-

darietà che ne derivano»; e la tutela è in parte attuabile direttamente dal giudice, in parte da definire legislativamente.

Più volte del resto, negli ultimi decenni, specifiche norme di legge hanno equiparato, a fini specifici, la posizione del convivente a quella del coniuge, senza che ciò sollevasse particolari polemiche politiche. Si vedano, da ultime, la legge n. 6 del 2004, in materia di amministratore di sostegno e di interdizione, che ha introdotto i nuovi articoli 408 e 417 del codice civile; ovvero la legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita; entrambe approvate da una maggioranza di centro-destra.

I principi giurisprudenziali e la normativa che si è richiamata, naturalmente, non sono tali da indurre ad affermare, e nemmeno a consentire, la piena equiparazione con i rapporti giuridici che derivano dal matrimonio. Essi individuano però chiaramente, nel rapporto di convivenza, una formazione sociale che merita tutela e riconoscimento giuridico.

Si aggiunga che in più di un'occasione la giurisprudenza ha ritenuto di intervenire, sulla base del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3, per vietare in taluni casi una disparità di trattamento tra il rapporto di convivenza e il rapporto matrimoniale (così la Corte costituzionale in materia di successione nel contratto di locazione; ovvero la Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno per la morte del convivente). Ci si avvede così che una disciplina legislativa del rapporto di convivenza, che non riproduca gli identici effetti giuridici del matrimonio e tuttavia faccia discendere da quel rapporto e in modo organico diritti e doveri, deve considerarsi conforme e quasi dovuta dalla Costituzione, sulla base dell'interpretazione costante delle norme costituzionali rilevanti in materia, data dagli organi giurisdizionali a ciò preposti dal nostro ordinamento giuridico, e spesso concretizzatasi in conformi interventi legislativi.

Né può negarsi, per quanto riguarda l'applicazione agli omosessuali dei principi di cui all'art. 3 della Costituzione, il rilievo di quanto previsto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per il quale «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza...o le tendenze sessuali».

8. Avverto però l'insoddisfazione per una conclusione che si fermasse a questo punto. È un'insoddisfazione che deriva da un dubbio che non riguarda l'analisi dell'ordinamento giuridico positivo italiano in tema di famiglia. E questo dubbio voglio formularlo nei termini di un'esplicita domanda: per il diritto di famiglia, ma non solo per esso il punto di vista

laico può oggi limitarsi a contestare la rilevanza sul diritto positivo del diritto naturale, nei termini usati a suo tempo da Hans Kelsen o da noi nel dibattito degli anni '50 su giusnaturalismo e positivismo giuridico?

Come è noto, la teoria giuridico-politica di Hans Kelsen si fonda su un ragionamento filosofico, da lui svolto in particolare nel saggio del 1948 su «Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica». Per Kelsen, come sappiamo, la dottrina pura del diritto non esaurisce la teoria della democrazia. Come egli scrive, «proprio come l'autocrazia è assolutismo politico e l'assolutismo politico corrisponde all'assolutismo filosofico, la democrazia è relativismo filosofico». Se i valori sono relativi, l'unico criterio per decidere, in un sistema che non voglia essere autocratico, è quello del principio di maggioranza. Positivismo giuridico e concezione procedurale della democrazia si uniscono nell'escludere ogni rilevanza a un ragionamento fondato sul diritto naturale.

Ma per chi affronta da un punto di vista laico, cioè non sulla base di una concezione religiosa, o comunque metafisica, i problemi che la «accelerazione della storia» pone oggi al diritto e al giurista, è sufficiente una teoria meramente procedurale della democrazia e una concezione «pura», nel senso kelseniano, del diritto positivo? A questo interrogativo dedicherò le riflessioni che seguono.

9. Consideriamo un tema diverso dal diritto di famiglia, almeno nel senso che lo comprende, il tema dei diritti fondamentali. Luigi Ferrajoli, il filosofo del diritto che su esso si è da tempo, e acutamente, esercitato, si è indotto di recente ad affrontare il problema di una individuazione del «fondamento dei diritti fondamentali», oltre la normativa internazionale — a partire dalla Carta delle Nazioni Unite — alla quale solitamente si fa riferimento. E a interloquire con chi critica la sua impostazione, che afferma la rilevanza giuridica universale dei diritti umani, appunto perché considerata espressiva di un neogiusnaturalismo o di un criptogiusnaturalismo. E infatti Ferrajoli dedica, nel suo più recente scritto sull'argomento, ampia trattazione all'interrogativo sui «fondamenti dei diritti fondamentali tra giuspositivismo e giusnaturalismo», e indica quattro criteri assiologici, a suo avviso necessari per una fondazione positiva dei diritti fondamentali.

Se il fondamento dei diritti fondamentali è legato a criteri assiologici, torna in altra forma la domanda già posta. Esiste, e qual è, un fondamento extra positivo, ma al tempo stesso oggettivo, del valore universale dei diritti fondamentali della persona umana? È sufficiente il richiamo alla crescente

elaborazione di carte dei diritti nel diritto internazionale? E se non lo è, non si pone così il tema di un neogiusnaturalismo «laico», cioè della dottrina che — come sottolineava Norberto Bobbio — è stata il presupposto filosofico (a partire dall'affermazione del principio di tolleranza e poi di libertà religiosa) dello Stato liberale?

E ancora, se non avessimo la Costituzione che abbiamo, come non ce l'ha, ad esempio, il Regno Unito, potremmo ritenere per ciò solo irrilevante nel nostro ordinamento giuridico il principio del valore universale dei diritti fondamentali? La risposta del positivismo giuridico, insomma sembra non bastare più.

10. Nel dibattito italiano degli anni '50 e '60 su giusnaturalismo e positivismo giuridico, il pensiero laico respinse drasticamente la critica di Leo Strauss all'impostazione di Kelsen. Il giusnaturalismo di Strauss fu bollato come ingenuo e banale e si considerò «blasfema e piena di livore» la sua critica a Kelsen.

Rileggendo quel dibattito, si rimane sorpresi dal fine di non ricevere che veniva opposto agli argomenti di Strauss. Ad esempio, quando Strauss imputa a Kelsen di avere omissso, nella traduzione inglese dei suoi scritti, il passo nel quale afferma il carattere giuridico di un ordinamento politico autocratico, c'è da domandarsi se, dopo Auschwitz, fosse sufficiente rispondere, come fece Kelsen, imputando al suo contraddittore un errore nella citazione, come se si trattasse di un concorso universitario.

Non è ovviamente qui il caso di provare ad approfondire la riflessione di Leo Strauss su «Diritto naturale e storia»: un autore tornato recentemente all'attenzione per ragioni in parte diverse da quelle qui considerate. Ma è certo che quella riflessione sembra oggi ben più attuale, di quanto apparisse mezzo secolo or sono.

11. Né c'è il tempo per tornare su un altro dibattito degli anni '40 e '50, quello fra lo stesso Kelsen e i teorici sovietici del diritto.

Basti qui ricordare che il tentativo compiuto dagli autori sovietici di conciliare con la critica al giusnaturalismo la fondazione di un diritto socialista «positivo» nel materialismo storico e nella lotta di classe si rivelò teoricamente impossibile, come ancora Kelsen ebbe modo di dimostrare.

Si può però almeno segnalare che la rilettura delle teorie sovietiche del

diritto — fatte conoscere in Italia da Umberto Cerroni — conferma i rischi di un assolutismo dei valori che pretenda di prevalere sul relativismo insito nei principi della democrazia, e sullo stesso formalismo giuridico. Come ha scritto Aldo Schiavone, quando si è tentato di superare quei principi per mettere al loro posto «qualcosa di più sostantivo, si è dovuto accompagnare l'esperimento con una tale carica di coercizione, di violenza e di sovradeterminazione etica, da renderne il costo insostenibile».

12. Conviene ora dedicare qualche considerazione agli ordinamenti di *common law*, nei quali non è possibile, per ragioni intrinseche ai caratteri del sistema, impostare il dibattito tra giusnaturalismo e positivismo giuridico nei medesimi termini nei quali può esser affrontato nei sistemi giuridici dell'Europa continentale.

Ho accennato al Regno Unito, un paese privo di Costituzione scritta. È altrettanto interessante qualche cenno al recente dibattito giuridico in un paese di *common law*, che invece la Costituzione scritta ce l'ha. Il diritto degli Stati Uniti, come si sa, è fondato sul ruolo centrale dei giudici, attraverso il ricorso ai precedenti. Attraverso i precedenti il diritto tuttavia evolve: se ci sono fondate ragioni, che vanno esplicitate, un precedente può essere cambiato. Ma dove rinvenire le fondate ragioni, che consentono il mutamento del diritto?

Storicamente, l'avanzamento dei diritti civili è stato possibile negli anni '50 e '60, attraverso la reinterpretazione, da parte della Corte Suprema, delle norme costituzionali. Ma questa via è contestata oggi dal pensiero giuridico conservatore, in nome proprio di argomenti tipici del positivismo giuridico. Duplice è stata infatti l'obiezione. In primo luogo, la Costituzione va interpretata secondo la intenzione originaria dei *framers*, e non alla luce dell'evoluzione storica dei valori sociali. In secondo luogo, le scelte legislative spettano al legislatore, espressione della sovranità popolare, e non al giudice politicamente irresponsabile. Come si vede, un capovolgimento nell'uso delle categorie contrapposte diritto naturale/positivismo giuridico, rispetto ai termini politici del dibattito italiano tra innovatori e conservatori della disciplina del diritto di famiglia.

Il dubbio sulla possibilità di fondare su valori oggettivi il diritto positivo è però cresciuto anche nelle teorie giuridiche statunitensi di orientamento *liberal*. Basti pensare, sul piano filosofico, alle differenze tra il primo e il secondo Rawls e tra il primo e il secondo Dworkin. Sono i due autori, com'è noto, che con maggiore impegno hanno tentato di elaborare una

filosofia del diritto idonea a dare una nozione oggettiva dei valori, utilizzabile ai fini delle scelte di diritto positivo. Nel suo libro del 1977, tradotto da noi con il titolo «I diritti presi sul serio», Ronald Dworkin presentava con determinazione argomenti per una fondazione oggettiva dei diritti soggettivi. In «L'impero del diritto», che è del 1986, Dworkin sostiene un altro tipo di ragionamento: sostiene che la giustizia chiede ai giudici di esaminare i «migliori» argomenti giuridici elaborati a partire da differenti pratiche letterario-interpretative. Lo spostamento dalla «soluzione giusta» alla «migliore interpretazione» costituisce, com'è stato notato, un mutamento sottile ma non irrilevante: Dworkin sembra meno sicuro della possibilità di dare un fondamento universale ai diritti. E anche John Rawls in *Political Liberalism*, che è del 1983, propone una concezione politica della giustizia che a me pare distante, e anch'essa meno sicura di sé, rispetto all'idea universalistica di una società giusta sviluppata, dodici anni prima, in «Una teoria della giustizia».

Anche negli studi statunitensi di diritto positivo dell'ultimo ventennio prevale un'attitudine critica, una lettura postmoderna e destrutturante del diritto, lungo un percorso che sembra condurre alla fine a considerare impossibile qualunque fondazione oggettiva di una teoria dei valori che possa rilevare ai fini della soluzione dei problemi giuridici. Questo limite è evidente nei «decostruzionisti di sinistra», gli autori della scuola dei *Critical legal studies*, ai quali è stata infatti rivolta l'obiezione di condurre la critica agli orientamenti giuridici prevalenti secondo una metodologia e un impianto che ha un unico possibile approdo: il nichilismo giuridico (espressione del resto usata da noi, sulla base di non dissimili considerazioni, da Natalino Irti come titolo del suo libro sul diritto nell'era della globalizzazione).

13. Non si può d'altra parte nascondere che nel dibattito contemporaneo, ai tradizionali argomenti critici nei confronti del giusnaturalismo, se ne aggiunge uno, che talvolta più che un argomento esplicitato e affrontato fino in fondo appare, per così dire, una sorta di freno auto-imposto rispetto alla possibilità di un discorso sui valori fondativi del diritto e dei diritti. È il freno che deriva dalla preoccupazione che l'affermazione di valori universali esprima un etnocentrismo occidentale, compressivo e repressivo di culture diverse. E tuttavia, se certezze sul punto di approdo non vi sono, credo che il dialogo vada aperto, e senza pregiudizi, anche con i valori espressi da altre culture. Basti qui accennare alla riflessione di Amartya Sen sulla possibile

costruzione di valori universali proprio partendo dal confronto tra le diverse culture, e in particolare tra quella occidentale e quelle asiatiche.

Del resto, se non si seguisse questa via, e al di là delle apparenze, il principio del pluralismo culturale e del relativismo dei valori, affermato come apertura a civiltà diverse, rischierebbe di condurre al suo contrario. Rischia cioè di basarsi sull'idea che i diversi da noi non siano raggiungibili dai nostri ragionamenti sulla democrazia e sui diritti. Al di là delle intenzioni, insomma, un eccesso di relativismo etico e valoriale rischia di portare a un risultato opposto a quello desiderato, al risultato cioè che è stato teorizzato, dalla geopolitica, in termini di scontro di civiltà. E ciò in base all'idea, appunto, che i nostri valori, a partire dall'affermazione dell'esistenza di diritti fondamentali universali, possano essere propri solo della nostra cultura, quella occidentale, che per ciò stesso si autodefinisce come cultura superiore.

14. Mi avvio a concludere. A me pare che una visione laica del diritto debba tornare a misurarsi nella difficilissima impresa di una fondazione valoriale del diritto positivo, che vada insomma rimessa in discussione la conclusione raggiunta nel 1958 da Guido Fassò, per la quale «il giusnaturalismo laico è morto da un pezzo, quel che rimane è il giusnaturalismo cattolico, o comunque a base teologica».

Rimane però aperto il grande problema, al quale accennavo all'inizio, delle basi teoriche del confronto tra giusnaturalismo laico e giusnaturalismo cattolico.

La critica al giusnaturalismo cristiano non deve concernere, a mio avviso, la necessità di un dialogo sui valori — ricordo, al riguardo, l'interlocuzione da parte di Jürgen Habermas, in particolare nel saggio dal titolo «I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale», e la risposta dell'allora cardinale Ratzinger —; e neppure di un dialogo che assuma a fondamento, per usare l'espressione teologica, la *recta ratio*.

Il problema è un altro, ed è il problema dell'atteggiamento (la comprensione, potremmo forse dire), nel dialogo alla ricerca di valori etici oggettivi, che assume la parte che ritiene di disporre della parola finale e decisiva, e per ciò stesso autoritativa, circa la definizione di ciò che la *recta ratio* dice sul diritto naturale.

15. Qualunque forma di dialogo richiede else si riconosca, se non le ragioni, almeno la possibilità che l'interlocutore abbia delle ragioni che partono alla pari con le altre.

Il diritto, compreso il diritto di famiglia, non può essere immodificabile: deve reggere il passo con la storia. Un diritto immutabile non si dà, per così dire, in natura.

Parlavo in precedenza delle trasformazioni culturali e dei comportamenti della società italiana che negli anni '60 e '70 portarono all'introduzione del divorzio e alla riforma del diritto di famiglia. Sarebbe sbagliato non affrontare esplicitamente il fatto che, nelle società occidentali, particolarmente in Europa e quindi in Italia, nuove trasformazioni sono in corso nel modo di intendere i rapporti che potremmo definire parafamiliari (ne parla di recente, in termini originali, il saggio di Andrea Zanotti su «Il matrimonio canonico nell'età della tecnica»). È qui la motivazione che ha spinto gran parte dei paesi europei ad adottare una legislazione che tenga conto di queste trasformazioni, e il Parlamento italiano ad esaminare le numerose proposte presentate in argomento, già nelle passate legislature, e fin dall'inizio di questa: molto prima, cioè, che si concretizzasse la controversa proposta legislativa del governo (i c.d. «Dico»).

Da un lato coppie soprattutto giovani preferiscono un rapporto di convivenza al matrimonio. Dall'altro vi è la richiesta del riconoscimento esplicito del diritto degli omosessuali a non essere discriminati, anche nel loro rapporto di coppia, per il loro orientamento sessuale.

Questo è il tema: e sfuggirvi sarebbe ipocrita.

E tuttavia non si può pensare, e io personalmente non penso, che si possano affrontare temi come quelli della famiglia, delle unioni civili, dei diritti dei bambini (un profilo, quest'ultimo, davvero trascurato nel dibattito di queste settimane) senza un aperto confronto sui valori.

16. Il problema, naturalmente, ha una dimensione che va oltre la materia del diritto di famiglia e della disciplina delle convivenze. L'irrisolto nodo della discussione teorica circa la naturalità o storicità dei diritti dell'uomo non può impedirci di vedere che è la stessa accelerazione della storia, con i processi di globalizzazione senza regole, con le affascinanti e inquietanti novità della scienza e della tecnologia, con la guerra del nuovo millennio (che non è più la guerra tra Stati, alla quale applicare le regole faticosamente elaborate a partire dalla metà del '600); non può impedirci di vedere che questa accelerazione della storia richiede una rinnovata fondazione etica del diritto.

Decisivo è, qui, il riconoscimento dell'altro: decisiva è la capacità dell'ascoltare, non solo del dire. A chi crede nella fondazione extraumana del diritto naturale va chiesto di riconoscere che anche chi non crede che il discorso giuridico sui valori debba essere basato su premesse trascendenti, non per questo assume, a base del proprio argomentare, l'approdo nichilista del relativismo etico. Quell'approdo non è necessitato. Senza relativismo dei valori non può darsi democrazia. Ma neppure può darsi democrazia, nelle nostre società contemporanee, se il dialogo dei valori non viene apertamente e seriamente affrontato, assumendo come premessa la necessità di una fondazione etica del diritto.

Ha scritto il priore di Bose, Enzo Bianchi, che il timore del nichilismo deve essere comune a credenti e non credenti; il timore della negazione di ogni progetto, di ogni principio etico, di ogni fondazione ideale delle regole sociali. Credo che abbia ragione.

Ma allora si riconosca, come lo stesso Enzo Bianchi chiede, che non è vera la famosa frase di Dostoevskij. Che cioè vi sono atei e agnostici per i quali, se anche Dio non esiste, non per questo ci si può permettere tutto.

Nota bibliografica

F. D'AGOSTINO, *Legge morale, baluardo contro l'arbitrio del potere*, in *Avvenire*, 13 febbraio 2007.

Ulpianus, *Inst.*, I, in D. 1.1.1.

F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2000, p. 66.

F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, pp. 33 ss.; L. CARRARO, in *La riforma del diritto di famiglia*, *Atti del convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile – 1 maggio 1967*, Padova, 1967.

U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, in *Atti del convegno di Venezia*, cit., pp. 89 ss.; S. RODOTÀ, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, pp. 12 ss.

Il dibattito in M. BESSONE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *sub art. 29*, Bologna-Roma, 1976.

Per un quadro dello stato della giurisprudenza sulla cosiddetta famiglia di fatto, v. ad es. M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, pp. 399 ss.

Si vedano, altresì:

- H. Kelsen, *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica* (1948), trad. it. in ID., *La democrazia*, Bologna, 1984, pp. 439 ss.
- N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, pp. 298 ss.
- L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (1953), trad. it. Genova 1990; e cfr. H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 1984, p. 352.
- AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, trad. it., a cura di U. Cerroni, Milano, 1964; H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto*, trad. it. Milano, 1956, pp. 187 ss.; A. SCHIAVONE, *Jus*, Torino, 2005, p. 399.
- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, 1982; ID., *L'impero del diritto*, trad. it. Milano, 1989; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*³, trad. it. Milano, 1993; ID., *Liberalismo politico*, trad. it. Torino, 1999; cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it. Bologna, 2001; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.
- A. SEN, *La democrazia degli altri*, trad. it. Milano, 2004, pp. 66 ss.
- G. FASSÒ, *Diritto naturale e storicismo*, Bologna, 1958, p. 239; J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, pp. 239 ss.; J. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, *ivi*, pp. 251 ss.
- A. ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Torino, 2007.
- E. BIANCHI, *La spiritualità degli atei*, in *La Repubblica*, 28 febbraio 2007; e cfr. ID., *La differenza cristiana*, Torino, 2006.

*Natura e storia
nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008**

1. In un libro recente¹ Francesco Remotti, ordinario di antropologia culturale, ripropone – in esplicita polemica con la dottrina cattolica della famiglia – la tesi per la quale le società umane hanno conosciuto e conoscono molteplici modelli di famiglia. Rispetto a tali modelli, quello che la nostra tradizione ci consegna non ha, per Remotti, alcuna ragione per essere ritenuto più «naturale» degli altri.

La tesi, come è noto, è tutt'altro che nuova, risalendo alla critica che con gli argomenti dell'antropologia storica e comparata venne mossa, a partire dalla seconda metà dell'800², alle teorie «fissiste» della famiglia³ proprie del pensiero tradizionalista. Ma viene riproposta in termini di vivace e attuale polemica politica. Del resto, se si pensa alla poligamia ammessa o tollerata dell'Islam⁴, il tema acquista un rilievo non solo teorico o polemico, vista la crescente immigrazione islamica in Europa.

Se non esiste una famiglia naturale, ma tante diverse famiglie, a seconda che ci si sposti nei tempi e nei luoghi, pretendere di imporre un unico modello di famiglia sarebbe prova di «imperialismo culturale».

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. 559-570. Questo scritto trae origine dalla *lectio magistralis* da me svolta presso la Sala Zuccari del Senato della Repubblica il 4 marzo 2008 in occasione del conferimento, da parte della Fondazione «Nuove Proposte», del premio «Giuseppe Chiarelli». Mi è grata l'occasione per ringraziare la Fondazione per avermi voluto onorare di questo riconoscimento, l'allora Presidente del Senato, sen. Franco Marini, per aver presenziato alla mia lezione e aver introdotto l'incontro, e il Presidente Mario Egidio Schinaia che ha esposto le motivazioni del conferimento del Premio.

¹ F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Roma-Bari, 2008.

² *Das Mutterrecht* di J. Bachofen è del 1861; *Ancient Society* di J. Morgan è del 1877; la prima edizione di *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* di F. Engels è del 1884.

³ Le quali proiettavano il matrimonio monogamico e il modello familiare «borghese» in un passato senza limiti, dove trovava la sua conclusione nella prima coppia di progenitori di cui parla Genesi. La *Législation primitive* di L.G.A. de Bonald è del 1802; e *Considérations sur la France* di J. De Maistre del 1796.

⁴ Sulla poligamia (*rectius*: poliginia) nelle legislazioni contemporanee dei paesi a maggioranza islamica dà un aggiornato panorama L. WELCHMAN, *Women and muslim family laws in arab states*, Amsterdam, 2007, pp. 77 ss.

Così impostato, il tema è di grande interesse per l'uomo di cultura; lo è, a mio avviso, di meno per il giurista italiano. Punto di riferimento da assumere, nel nostro ordinamento giuridico, è infatti la costituzione; e in particolare la definizione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» contenuta nell'articolo 29. È difficile dubitare che questa definizione concerne la famiglia come intesa a partire dalla nostra tradizione, che trova le sue origini in tre elementi: il diritto romano, la dottrina cristiana, e la collocazione della famiglia nella sfera della società civile (distinta e anzi contrapposta alla società politico- statuale)⁵ quale si esprime nella rivoluzione borghese culminata nel *Code civil*. Per il nostro ordinamento giuridico, la famiglia è certamente quella fondata sul matrimonio e per matrimonio credo si debba intendere – alla luce della norma costituzionale – l'accordo fra un uomo e una donna, nelle forme e secondo le procedure previste dalla legge.

2. I problemi però non finiscono, anzi cominciano qui.

Che cosa si debba intendere per famiglia e matrimonio nel nostro sistema giuridico è divenuto tema di aspra polemica politico-istituzionale quando si è tentato, nel biennio trascorso, di introdurre anche in Italia (come in altri paesi europei) una legislazione che riconosca esplicitamente, e in via generale, la rilevanza giuridica di forme di convivenza diverse dal matrimonio, e anche omosessuali. Con molta determinazione e al massimo livello, la Chiesa cattolica ha affermato che sussistono principi di diritto naturale – che secondo alcuni giuristi sarebbero il canone interpretativo dell'articolo 29 della costituzione – che renderebbero illegittima una normativa in tale materia.

L'*iter* argomentativo assume come premessa la stabilità per ordinamento divino di un diritto naturale (conoscibile peraltro anche dalla *recta ratio* umana) che costituisce l'unica fonte di legittimazione del diritto positivo.

Torna così di attualità un argomento che, come vedremo, è stato più volte usato nel secolo scorso per contrastare proposte di cambiamento della disciplina del diritto di famiglia.

È un argomento del quale non ci si può liberare, come talvolta accade,

⁵ Al tema è dedicato il capitolo VII del secondo dei *Due trattati del governo* di J. Locke: che pone così le basi della concezione laico-borghese della famiglia, e del matrimonio come fatto «civile», per l'ordinamento giuridico: «contratto», non sacramento, ma nemmeno atto pubblico (cfr. la Costituzione rivoluzionaria del 1791: «la legge non considera il matrimonio che come atto civile»).

con leggerezza. Intanto perché il giurista deve fare i conti con una norma costituzionale che parla, con riferimento alla famiglia, di «società naturale». E poi (o prima) perché, almeno per chi scrive, non si può negare il rischio del piano inclinato che dal relativismo etico conduca a un nichilismo giuridico che rifiuti persino la legittimità teorica del discorso sulla «oggettività» dei valori⁶.

Ma quali sono le modalità dialogiche attraverso le quali definire il diritto «giusto», oltre la logica procedurale della democrazia e del principio di maggioranza?

Il tema è molto serio, perché tra i protagonisti del dibattito c'è chi ritiene che la «natura», come intesa per esempio da Ulpiano e da Locke⁷, non abbia alcuna autonoma rilevanza ai fini della ricostruzione del diritto naturale: la natura, per il cristiano, conta in quanto da essa traluce la volontà normativa divina; e, per il cristiano che sia anche cattolico, quella volontà normativa divina può parlare, in terra, attraverso una voce infallibile.

Ragionare su alcuni passaggi dell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia può forse dare un contributo concreto, anche se circoscritto, a un'impostazione dialogica, che rinunci alla pretesa della ricerca di un univoco diritto «giusto», ma non al tentativo di definire ciò che «ingiusto» non è, e all'interno del quale rinvenire dunque un nuovo spazio per un relativismo valoriale, che ai valori però non rinunci, e dentro il quale torni a dispiegarsi la logica procedurale propria della democrazia politica⁸.

3. La contrapposizione tra un giusnaturalismo «naturale», se così si può dire, e un giusnaturalismo «rivelato», può sembrare insomma insanabile in via di principio; forse meno, se proviamo a vedere le cose in una

⁶ Alcune considerazioni al riguardo ho svolto in *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, pp. 535 ss.

⁷ L'uno e l'altro, e con riferimento a matrimonio e famiglia, ricercano la natura, fonte del diritto naturale applicabile agli esseri umani, nella vita e nelle usanze degli animali: in Ulpiano, già in termini di principio, giacché il diritto naturale è «quod natura omnia animalia docuit», in Locke (v. *supra*, nt. 5) l'analisi è più articolata, ma il punto fermo è che l'uomo è natura esattamente come lo sono gli animali. Elemento costitutivo del cristianesimo è invece l'immagine e somiglianza della persona umana con Dio, che lo differenzia ontologicamente dagli altri esseri viventi.

⁸ La lezione di H. Kelsen sul collegamento tra relativismo e democrazia politica (*Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics* è del 1948) è un punto di non ritorno; e tuttavia, sessant'anni dopo, si avverte la sensazione che non possa neppure essere – come a lungo il pensiero laico ha ritenuto – il punto di arrivo.

prospettiva più distesa nel tempo e più ravvicinata ai concreti problemi di regolazione giuridica.

Leggo un brano. «Una nuova nube è sorta in mezzo alle tante che si sollevano da tutte le parti dell'orizzonte umano e sociale. Si parla da qualche tempo di certe innovazioni che si vogliono portare nel codice civile, in cose che toccano da vicino la famiglia e il matrimonio. Tali innovazioni paiono veramente minacciose, contenenti realmente una grande minaccia, un grave pericolo proprio per la famiglia».

La citazione è tratta dall'Osservatore Romano del 21 novembre 1936, il Pontefice è Papa Pio XI, e l'innovazione ventilata, contro la quale si indirizza la polemica, è il riconoscimento del diritto di successione dei figli, come allora si diceva, illegittimi, previsto nel progetto di riforma del codice civile elaborato dal Guardasigilli Rocco. Nonostante l'aspra e autorevole critica, la minacciosa innovazione fu poi introdotta. Il codice del 1942 prevede il diritto per i figli naturali alla successione (non riconosciuto dal codice del 1865), ancorché entro rigorosi limiti: non oltre la metà della quota conseguita dai figli legittimi, e purché complessivamente la quota di costoro non fosse inferiore a un terzo dell'eredità. Come sappiamo, questa norma fu poi superata dalla riforma del diritto di famiglia nel 1975, che stabilì l'equiparazione, ai fini successori, tra figli legittimi e figli naturali.

Le critiche rivolte dal mondo cattolico alla riforma del diritto di famiglia elaborata negli anni '30⁹ non si limitarono del resto al profilo ora indicato: fu contestata, tra l'altro, l'introduzione di alcuni limitati miglioramenti alla situazione giuridica della moglie.

La tesi del contrasto con il diritto naturale dell'equiparazione tra figli nati dentro e fuori del matrimonio, o tra marito e moglie, non è più stata, che io sappia, riproposta. Ciò che per la dottrina cristiana negli anni '30 era espressione irrinunciabile del diritto naturale di origine divina, oggi non appare più tale: come dire, la storia si è fatta strada, nell'arco di alcuni decenni, nei fertilizi della natura.

4. Su un punto la critica della Chiesa al progetto del fascismo era certamente fondata e importante. Ed è proprio nell'aspetto che sto per affrontare che secondo me (come dirò più avanti) vanno rinvenute le origini della formulazione adottata dall'art. 29 della costituzione. Consideriamo l'articolo 145 del codice civile del 1942 – oggi non più in vigore – inti-

⁹ Vedile ad es. in F.M. CAPPELLO S.J., *Il nuovo «progetto» del codice civile italiano*, in *La civiltà cattolica*, 1937, I, pp. 112 ss.

tolato «Doveri verso i figli», per il quale «il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole. L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista».

Emergeva in queste, come in altre norme del codice del 1942, una concezione autoritaria e organicista¹⁰ della famiglia come istituto con una forte coloritura pubblicistica, e sottoposto all'influenza dell'interesse superiore dello Stato.

Proclamare – come poi farà la costituzione – che la famiglia è una «società naturale» significa invece certamente, e giustamente, almeno questo: riconoscerne l'autonomia, la libertà diremmo oggi, un'ampia sfera di non sudditanza alle prescrizioni dello Stato.

Il riferimento al dovere di educare i figli secondo il sentimento nazionale fascista fu eliminato subito dopo la caduta del regime. Ma, come è noto, per avere una riforma del diritto di famiglia conforme ai principi costituzionali, si dovette attendere un altro trentennio. Al centro della riforma del 1975 fu il superamento della concezione patriarcale della famiglia nel rapporto tra marito e moglie (ancora negli anni '50 la giurisprudenza riteneva legittimo il ricorso da parte del marito a una *vis modica* nei confronti della disgraziata consorte, riconoscendo la causa di giustificazione del reato di lesione personale); e in una certa misura anche della concezione gerarchica nel rapporto tra genitori e figli. Se riprendiamo, ad esempio, la norma sui doveri verso i figli (oggi articolo 147 del codice civile) vediamo che l'educazione e l'istruzione sono un obbligo da esercitare «tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli»: un punto di vista, quello dei figli, del tutto assente nel testo del 1942.

Negli anni precedenti la riforma del 1975, erano venuti meno altri due baluardi della concezione tradizionale della famiglia: l'indissolubilità del matrimonio, con l'introduzione della legge sul divorzio, e il trattamento differenziato, a danno della donna, per i reati di adulterio e concubinato. Quest'ultimo risultato fu ottenuto, come è noto, da due sentenze della Corte costituzionale del 1968 e del 1969, che capovolgevano quanto la stessa Corte aveva affermato in una precedente sentenza del 1961¹¹. Nel frattempo «è sostanzialmente mutata in materia la coscienza collettiva», si

¹⁰ La critica alla concezione privatistica della famiglia risale, nella dottrina civilistica, al pensiero di Antonio Cicu, a partire dalla prolusione del 1913 su *Lo spirito del diritto familiare*; e cfr. A. CICU, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in *Jus*, 1940, pp. 373 ss.

¹¹ Corte costituzionale 23 novembre 1961, n. 64; 16 dicembre 1968, n. 126; 27 novembre 1969, n. 147.

giustificarono i giudici della Consulta.

L'argomento usato dalla Corte per motivare il ribaltamento dopo pochi anni di quanto aveva deciso nel 1961 fu naturalmente criticato dai giuristi, ma era la pura verità. Nel volgere di pochi anni l'Italia era cambiata così profondamente che quello che all'inizio degli anni '60 appariva giusto (l'adulterio della moglie come più grave di quello del marito) era diventato, nel 1968, inaccettabile.

Ed è proprio la profonda trasformazione, culturale e sociale, avvenuta in Italia nel corso degli anni '60, che spiega come fosse diventato possibile prima introdurre il divorzio, poi riformare radicalmente la disciplina dei rapporti familiari.

5. Come già negli anni '30, anche negli anni '60 e '70 la storia penetrò nella natura, quale che fosse l'opinione al riguardo dei giuristi. Il ricorso all'argomento giusnaturalista, e all'interpretazione «fissista» dell'articolo 29, fu usato da autorevoli giuristi di orientamento cattolico nel dibattito sull'introduzione del divorzio prima, e poi sulla riforma del diritto di famiglia¹².

La famiglia – si sostenne – è «società naturale» nel senso di «società di diritto naturale»; e il «riconoscimento» di cui parla l'articolo 29 concerne l'anteriorità, rispetto all'ordinamento giuridico, della famiglia come realtà originaria e immutabile nel tempo. L'indissolubilità del matrimonio, la supremazia del marito e del padre nell'ambito dei rapporti familiari, il *favor* ai figli legittimi rispetto ai figli nati fuori del matrimonio, sono imposti al legislatore ordinario dal rinvio che la norma costituzionale opera all'immutabile «natura» dei rapporti familiari.

Prevalse la tesi opposta: nel 1970 la legge sul divorzio, nel 1971 (n. 169) e 1973 (n. 176) le sentenze della Corte costituzionale che ne riconoscono la legittimità, nel 1974 l'insuccesso del referendum abrogativo, nel 1975 la riforma del diritto di famiglia. In quegli anni, i fatti istituzionali concretano un'interpretazione dell'articolo 29 per la quale la famiglia è «società naturale», in quanto modellata dall'evoluzione sociale, che modifica nel tempo i rapporti tra coniugi e tra genitori e figli. La «natura», insomma, secondo il punto di vista che allora prevalse, è quella che ci è offerta dalla storia, e non dalla retta ragione; e l'articolo 29 va inteso nel senso dell'adeguamento legislativo ai cambiamenti sociali e culturali dei rapporti familiari.

¹² Per una sintesi delle posizioni v. il mio *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 536 ss.

Come ho già accennato, credo che la ragione di fondo per la quale nell'Assemblea costituente era stata possibile la convergenza, nella formulazione dell'articolo 29, dei due giusnaturalismi, quello cristiano e quello laico, debba rinvenirsi nella comune reazione alla concezione fascista della famiglia come istituto dominato dall'interesse pubblico e subordinato allo Stato. La rivendicazione del carattere di «società naturale» della famiglia è rivendicazione dell'autonomia della sfera familiare: e quindi, a ben vedere, una rivendicazione di libertà, come molte altre che si ritrovano nella nostra Carta fondamentale, anche oltre i luoghi in essa espressamente dedicati ai diritti di libertà.

Quando il profondo rinnovamento della società italiana, che caratterizzò gli anni '60, sollecitò nuove scelte per il diritto di famiglia, la divaricazione tra giusnaturalismo cristiano e interpretazione storicista del diritto naturale, come abbiamo visto, si ripropose in tutta la sua ampiezza, dando vita a due letture diverse, e anzi contrapposte, della normativa costituzionale.

Il prevalere, in quegli anni, della seconda interpretazione fa sì che nel nostro ordinamento giuridico la famiglia resta una società naturale fondata sul matrimonio; ma i diritti della persona e il principio di eguaglianza¹³ danno all'istituto una struttura profondamente diversa da quella proveniente dalla tradizione risalente al *Code civil*, che era stata sostanzialmente confermata dal codice civile del 1942.

E tuttavia dobbiamo domandarci – e su tale interrogativo torneremo nella parte finale di questo scritto – se quella comune *ratio* originaria dell'articolo 29, cui ho fatto riferimento, non costituisca tuttora una risorsa, per l'individuazione di valori, se non condivisi, almeno non contrapposti, nella disciplina dei diritti delle persone e della famiglia.

6. Veniamo ora al tema delle «coppie di fatto». Nell'ultimo ventennio il nostro ordinamento ha progressivamente riconosciuto la rilevanza giuridica e il valore sociale positivo del fatto della convivenza. Ciò è avvenuto però attraverso singoli profili di tutela giuridica; non si è pervenuti invece a una disciplina organica, e nemmeno a una definizione normativa di che cosa debba intendersi per la «convivenza» assunta a presupposto di una

¹³ Va ricordato però che permangono, nel nostro diritto di famiglia, violazioni del principio di eguaglianza sia tra marito e moglie (disciplina del cognome) sia tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio (rapporti con i parenti dei genitori, diritto di commutazione, limiti alla riconoscibilità del figlio incestuoso).

serie di tutele giuridiche.

Tralascio naturalmente la cronaca politico-parlamentare della legislatura 2006-2008 (che mi ha visto svolgere in questa materia un ruolo istituzionale, che ovviamente qui non interessa); il dato che mi preme segnalare è che anche contro questa possibile innovazione normativa si è fatto ricorso all'interpretazione «fissista» dell'articolo 29.

Assunta nella sua radicalità, la tesi, nel contestare ogni forma di riconoscimento di rapporti di convivenza parafamiliari, che non siano fondati sul matrimonio, contrasta con i cambiamenti del nostro ordinamento giuridico già da tempo in atto. Mi riferisco sia agli orientamenti della giurisprudenza, sia alla evoluzione legislativa.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, il dato più significativo è l'individuazione del fatto della convivenza *more uxorio* come meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico, e non più come disvalore (e si abbandona quindi il termine «concubino» per adottare quello, appunto, di «convivente»).

Il principio si afferma progressivamente nelle giurisdizioni superiori. Quanto alla Cassazione, basti qui ricordare l'affermazione del diritto, non espressamente previsto dalla legge, al risarcimento del danno per la morte del congiunto non solo al coniuge, ma anche al convivente *more uxorio*¹⁴. Per quanto concerne la Corte costituzionale, da circa un ventennio, in più di una decisione, si trova l'enunciazione del principio per il quale il rapporto di convivenza, pur non assimilabile al matrimonio, è costituzionalmente rilevante e meritevole di tutela, in quanto costituisce una delle formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo, di cui all'articolo 2 della costituzione. Si è in presenza, dice la Consulta, di interessi meritevoli di tutela «per le basi di fondata affezione che li esaltano e gli aspetti di solidarietà che ne derivano». È sulla base di tale impostazione, ad esempio, che è stata dichiarata illegittima la normativa sul contratto di locazione, nella parte in cui non prevedeva in capo al convivente il diritto alla successione nel rapporto, che era stato riconosciuto solo al coniuge¹⁵.

Anche la legislazione è intervenuta più volte con specifici e puntuali riconoscimenti di singoli diritti e doveri legati alla convivenza. Il primo

¹⁴ Da ult. Cass. 29 aprile 2005, n. 8976. Da segnalare come si richieda un *quid pluris* rispetto alla coabitazione tra vittima e superstite, per dar luogo alla tutela: sostanzialmente un rapporto con caratteristiche sociali equivalente a quello sussistente tra marito e moglie. Si consideri anche l'ormai consolidata giurisprudenza della Cassazione penale che applica anche ai conviventi, e quindi alla «famiglia di fatto», l'art. 572 cod. pen. che sanziona i maltrattamenti in famiglia.

¹⁵ Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 404; v. anche la sent. 20 dicembre 1989, n. 559, in materia di edilizia residenziale pubblica.

intervento che io abbia rinvenuto risale a novant'anni fa: il decreto legislativo n. 1726 del 1918 parificava alla vedova, ai fini della corresponsione della pensione di guerra, e ricorrendo determinate condizioni, la donna con la quale vi fosse stata una preesistente convivenza con il militare deceduto. Senza voler qui ripercorrere l'elenco delle numerose norme introdotte nel tempo, mi limito a ricordare tre recenti innovazioni legislative, che mi sembrano particolarmente significative sia perché concernono materie rilevanti sul piano personale e patrimoniale, sia perché volute da maggioranze politico-parlamentari di segno diverso.

Mi riferisco alle discipline dei trapianti e delle donazioni d'organo, della procreazione assistita e dell'amministrazione di sostegno. La posizione del convivente è equiparata, in queste leggi, a quella del coniuge, e precede quella di figli, genitori, fratelli e sorelle¹⁶.

Il principio del valore sociale della convivenza ai sensi dell'articolo 2 della costituzione, e le tutele giuridiche che ne derivano (per interpretazioni giurisprudenziali o attraverso specifiche norme di legge), si applicano anche alle convivenze omosessuali? La risposta non potrà che essere in linea di principio positiva, anche alla luce della recente normativa europea, e in particolare dell'articolo 21 della cosiddetta Carta di Nizza, alla quale è stato riconosciuto di recente dalla Corte costituzionale «valore interpretativo». Secondo l'articolo 21, il principio di eguaglianza implica il divieto di qualsiasi forma di discriminazione non solo in base al «sesso», ma anche «all'orientamento sessuale»: categoria giuridica volutamente innovativa, e destinata a integrare l'articolo 3 della nostra Carta fondamentale.

Parrebbe in contrasto con tale principio una discriminazione tra rapporti di convivenza, egualmente fondati su comunanze di affetti e vincoli solidaristici, che derivi dal sesso o dall'orientamento sessuale dei conviventi.

7. La famiglia fondata sul matrimonio è una delle formazioni sociali, ove si svolge la personalità dell'uomo e della donna. Sotto questo profilo, non vi è differenza qualitativa con la convivenza, quale oggi considerata dalla coscienza sociale e – come abbiamo appena visto – dall'ordinamento giuridico.

¹⁶ Legge 1 aprile 1999, n. 91, in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti (art. 3, comma 2); legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di procreazione medicalmente assistita (art. 5); art. 408, comma 1, e 417, comma 1, cod. civ., come modificati dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, di istituzione dell'amministrazione di sostegno.

E tuttavia la famiglia fondata sul matrimonio ha una rilevanza giuridica diversa e più intensa: per un giurista, che non può non cogliere quella specificità valoriale che sottende la formulazione dell'articolo 29 della costituzione; anche per chi – al di là dell'analisi giuridica e dei dati positivi – vede nella stabilità e nella formalità dei rapporti familiari, se liberamente scelti e vissuti, un dato socialmente apprezzabile, che continua a motivare la possibilità di sottrarre alla logica del diritto comune (attraverso un atto di autonomia di particolare rilevanza quale il matrimonio) una serie di scelte e di decisioni successive.

La logica di libertà che sottende, a mio avviso, la formulazione dell'articolo 29 può allora forse esprimersi oggi in termini diversi che nel passato.

È con il matrimonio, come atto di libertà, che un uomo e una donna decidono di ridurre per il futuro le rispettive sfere di libertà individuale.

L'autonomia della famiglia si esprime così non solo verso i rischi di «pubblicizzazione» – come quelli temuti ai tempi della codificazione del 1942 – ma anche verso una «privatizzazione» che riconduca integralmente la logica familiare a quella mercantile.

La giurisprudenza recente tende a ridurre la sfera di «specialità» dei rapporti familiari rispetto al diritto comune, in materia contrattuale e di responsabilità civile. Questa tendenza non consente però di affermare la riduzione della logica propria dei rapporti familiari alla logica di mercato che ispira il diritto civile comune. Né sarebbe a mio avviso auspicabile che ciò accadesse, come invece nell'esperienza statunitense.

Una disciplina *ex professo* della convivenza, fondata esplicitamente su basi contrattuali (e non, per *pruderie* ideologica, su fatti anagrafici variamente manipolati come nel disegno di legge sui «diritti e doveri dei conviventi» presentato dal governo nella passata legislatura), amplierebbe gli spazi di libertà: anzitutto, per le coppie di omosessuali, alle quali è preclusa la scelta del matrimonio. E anche per le coppie eterosessuali, che avrebbero una terza e intermedia scelta, tra il «fatto» di convivere e il matrimonio: la scelta di una regolazione giuridica «leggera» del loro rapporto.

E ciò, a ben vedere, non solo non riduce, ma al contrario accresce il valore sociale del matrimonio. Lo accresce, perché ne sottolinea il carattere di decisione particolarmente impegnativa nei suoi effetti, ma libera, autonoma, consapevole. Non imposta da obblighi sociali tradotti in un ordinamento giuridico indifferente e ostile.

8. La concezione sociale e l'ordinamento giuridico della famiglia sono profondamente cambiati, dopo circa due secoli di sostanziale continuità del modello «borghese» di famiglia.

Due secoli: un periodo molto breve o molto lungo, a seconda della prospettiva che si assume.

È lungo, e ancora residua – al di là delle innovazioni giuridiche – nel costume sociale la parte più regressiva del vecchio modello.

È breve, se consideriamo che è relativamente recente nella storia dell'umanità la concezione, propria del modello borghese di famiglia, che associa strettamente amore, procreazione e sessualità, e li riconduce all'interno dell'unica forma di rapporto per esso «legittimo», il matrimonio.

Dall'ultimo terzo del secolo scorso è in atto, nelle società occidentali, il processo inverso: la dissociazione tra amore, procreazione e sessualità; e tra essi e la famiglia fondata sul matrimonio. Un processo che nasce dalle nuove possibilità offerte dalla scienza contemporanea, ma anche da fattori culturali e sociali di ampia portata, che i sociologi hanno da tempo descritto. Ogni giudizio di valore al riguardo non può non essere personale: ed emergerà molto più da come si vive, che da quel che si dice (del resto è scritto: «dai loro frutti li riconoscerete»). Ma di interesse generale può forse essere la riflessione su quella istanza di libertà, che ho indicato in precedenza come fondamento storico della formulazione – nell'Assemblea costituente – dell'articolo 29.

La costituzione indica nella famiglia fondata sul matrimonio un valore: che è tale, oggi, se quella di vivere l'amore, la sessualità, la procreazione all'interno della famiglia è scelta veramente libera di un uomo e di una donna; e in tanto può essere una scelta pienamente libera, in quanto si riconosca anche la libertà per ciascuno e ciascuna di scegliere altri percorsi.

Chi crede nel valore sociale di una famiglia nella quale il legame tra libertà e responsabilità si esprime in una peculiare disciplina giuridica, ha forse più argomenti per far valere il suo convincimento, se riconosce che i rapporti familiari che dal matrimonio discendono non sono l'unico modello normativo e sociale di relazione interpersonale. Il passaggio dalla famiglia gerarchica e patriarcale alla famiglia fondata sull'uguaglianza e sui diritti delle persone che la compongono è irreversibile. Quello che ancora ne residua – come ricordavo – nel costume sociale (e purtroppo è molto) è la parte più regressiva del vecchio modello: mera violenza, fisica e psicologica, dell'uomo sulla donna e dell'adulto sul bambino, senza la rete protettiva dei valori che pure la tradizione conosceva, ma che potevano vivere in una società profondamente diversa da quella «liquida» a

noi contemporanea. La deriva verso il nichilismo giuridico si potrà più facilmente frenare – a differenza di quello che è un pensiero diffuso in chi queste preoccupazioni avverte – non con la pesantezza di una regolazione giuridica che pretenda di imporre valori, ma con un diritto che sappia, ancora una volta, misurare l'etica con la storia. Una «storia attraversata da disciplinamento morale»¹⁷; una natura umana che cerchi le sue leggi non in un assetto biologico o sociale definito una volta per tutte, ma nell'intelligenza e nell'amore.

¹⁷ A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Torino, 2007, p. 89.

*Sui disegni di legge in materia di unioni civili**

1. La Commissione giustizia del Senato ha iniziato l'esame dei disegni di legge in materia di unioni civili nella seduta del 10 gennaio. In quel momento erano all'ordine del giorno della Commissione disegni di legge di iniziativa parlamentare, e precisamente i nn. 18, Vittoria Franco; 62, Malabarba; 472, Ripamonti; 481, Silvestri; 589, Biondi, e su essi ho svolto la relazione.

Successivamente sono intervenuti altri disegni di legge (nn. 1208, Maria Luisa Boccia; 1224, Manzione; 1225 e 1227, Russo Spena), e in particolare quello n. 1339, di iniziativa governativa, passato alla cronaca con l'abbreviazione "Dico".

Ho pertanto successivamente integrato la relazione già da me svolta, onde tener conto delle nuove proposte.

Complessivamente la Commissione ha dedicato alla discussione generale dei disegni di legge diciotto sedute; sono intervenuti trenta senatori, tra i quali diversi non componenti la Commissione.

Ribadisco qui il mio apprezzamento per la qualità del dibattito, sul piano sia ideale e valoriale che dell'analisi giuridica, e per la serietà dei toni che lo hanno caratterizzato (pur nella diversità spesso netta dei giudizi), toni contrastanti con quelli aspri, nonché talvolta superficiali sul piano dei profili giuridici, che hanno caratterizzato la discussione extraparlamentare.

2. Ho ricordato i numerosi disegni di legge di iniziativa parlamentare presentati al Senato sin dall'inizio della legislatura. Si può aggiungere che in materia, presso l'altro ramo del Parlamento, sono stati presentati dieci disegni di legge, dei quali due di iniziativa di deputati del centro-destra.

In realtà è da diverse legislature che in Parlamento sono avviate iniziative volte a dare una regolamentazione giuridica alle cosiddette coppie di fatto.

Già nel corso della IX legislatura furono presentati, sia alla Camera sia al Senato, diversi disegni di legge che, intervenendo in settori specifici dell'ordinamento, prevedevano, per i conviventi *more uxorio*, il riconosci-

* Intervento di replica nella discussione generale in Commissione Giustizia del Senato, 29 maggio 2007.

mento di diritti e doveri reciproci.

Nella X legislatura si rinviene il primo disegno di legge recante un'organica disciplina della convivenza *more uxorio*. Mi riferisco all'A.S. 2908, di iniziativa del senatore Giorgio Covi.

Nel corso dell'XI legislatura furono presentati tre disegni di legge in materia: A.C. 3426, recante disposizioni in tema di unioni civili, presentato dall'onorevole Graziano Cioni; due, A.C. 2991 e A.S. 425, sulla disciplina delle convivenze *more uxorio*, presentati rispettivamente dalla deputata Luciana Sbarbati Carletti e dal senatore Giorgio Covi.

Nel corso della XII legislatura, l'onorevole Nichi Vendola e il senatore Graziano Cioni presentarono due disegni di legge (A. C. 845 e A.S. 1066) in materia di unioni civili. Sempre nella XII legislatura, la senatrice Luciana Sbarbati presentò un disegno di legge sulle convivenze *more uxorio* (A.C. 467) mentre l'onorevole Maria Gloria Bracci Marinai propose alcuni interventi al codice civile in materia di convivenza (A.C. 3146).

Nel corso della XIII legislatura furono presentati otto disegni di legge sul nostro tema, sette da parlamentari del centro-sinistra e uno dalla deputata di Forza Italia Anna Maria De Luca. La Commissione giustizia della Camera avviò l'*iter* parlamentare, che poi non ebbe esito.

Più numerosi furono i disegni di legge presentati nella XIV legislatura: complessivamente, diciassette tra Camera e Senato, dei quali dodici provenienti da parlamentari del centro-sinistra, e cinque da parlamentari del centro-destra. La Camera dei deputati iniziò, senza concluderlo, l'esame dei disegni di legge, i quali furono tutti congiunti e discussi però soltanto nel corso della seduta della Commissione giustizia del 4 ottobre 2005.

Da questa rapida ricognizione dei disegni di legge presentati a partire dal 1992, emerge chiaramente quanto, nel corso degli anni, sia progressivamente cresciuta - nella consapevolezza dei parlamentari - la necessità di fornire adeguate risposte giuridiche a esigenze che presenti all'interno della società civile. Ciò è confermato dal fatto che i disegni di legge presentati, sia alla Camera dei deputati sia al Senato della Repubblica, sono di iniziativa di parlamentari appartenenti ai diversi schieramenti. E' un dato che è bene sottolineare, perché dimostra come da un quindicennio il tema di una regolazione giuridica della materia è seriamente avvertito: non si tratta, insomma, di una balzana e strampalata iniziativa improvvisata.

3. Non si può, nello stesso tempo, non tenere conto del fatto che, nei Paesi dell'Unione europea più simili all'Italia per caratteristiche sociali

e culturali, la materia è stata recentemente disciplinata, seppur in modo differenziato nei diversi paesi.

Dall'esame di tali normative emerge che talvolta la disciplina concerne esclusivamente le unioni fondate su relazioni affettivo-sessuali, in altre sono considerate anche relazioni di mutua solidarietà. Comune a tutte le discipline è la parità di trattamento tra coppie etero- e omo-sessuali.

In tre paesi, la Spagna, il Belgio e l'Olanda, si è inoltre adottata una normativa che prevede il matrimonio tra omosessuali, equiparato a tutti gli effetti a quello tra un uomo e una donna.

Si noti che anche in questi paesi la tematica del matrimonio omosessuale è ben distinta da quella delle unioni civili, anche tra omosessuali.

Così, nei Paesi Bassi, le coppie (siano omo, siano eterosessuali) hanno tre strumenti a disposizione: il matrimonio, l'unione registrata e il contratto di coabitazione, oltre - naturalmente - alla possibilità di una convivenza non formalizzata.

In Spagna, accanto al matrimonio (anche tra omosessuali) previsto dal codice civile, numerosa è la normativa regionale che disciplina (in modo differenziato nelle diverse regioni) forme di unione extramatrimoniale.

Va quindi sottolineato che unione civile e matrimonio restano, in tutti i paesi europei, figure giuridiche ben differenti tra loro; al punto che, lo ripeto, anche i paesi che hanno introdotto il matrimonio omosessuale prevedono poi la regolazione autonoma, e ad altri fini e con altri effetti, delle unioni civili.

La comparazione con paesi affini al nostro ci mostra dunque che, comunque la si pensi al riguardo, non è affatto vero che l'unione civile sia una sorta di matrimonio mascherato, utilizzata per rendere sostanzialmente possibile l'introduzione del matrimonio omosessuale.

Una via diversa da quella tanto del matrimonio omosessuale, quanto delle unioni civili tra conviventi sia dello stesso sesso che di sesso diverso, è quella seguita dalla Germania, che nella sua legge del 2001 - significativamente intitolata "Cessazione della discriminazione nei confronti delle coppie o dei conviventi dello stesso sesso" - individua quale parte della normativa matrimoniale debba essere applicabile alle coppie omosessuali, senza però disporre (come invece, e lo si è ricordato, in Spagna, in Belgio e nei Paesi Bassi) l'equiparazione in via generale.

La legge tedesca è interessante anche perché è stata sottoposta al vaglio di quella Corte costituzionale, essendosi dubitato della conformità con l'articolo 6 della Legge fondamentale, che al primo comma stabilisce che "il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale".

La Corte costituzionale tedesca, con sentenza del 17 luglio 2002, ha ritenuto legittima la normativa, proprio in quanto essa non prevede la modifica dell'istituto del matrimonio come unione tra un uomo e una donna. L'obbligo per lo Stato di sostenere in modo peculiare il matrimonio e la famiglia, ha affermato la Corte suprema tedesca, non contiene la proibizione di dare tutela legale ad altre forme di coesistenza personale.

In conclusione, da questo esame comparativo emerge che tra i paesi dell'Europa occidentale gli unici che non dispongono di una normativa in materia sono, oltre l'Italia, l'Austria, la Grecia e l'Irlanda.

Si è richiamata qui la legislazione adottata da gran parte dei paesi europei più vicini all'Italia per caratteristiche sociali, evoluzione culturale e principi generali dell'ordinamento giuridico non certamente per affermare che l'esistenza di tale disciplina sia in qualche modo vincolante nei confronti del legislatore italiano, ma per segnalare anche sotto questo profilo come il tema non sia frutto di un'improvvisazione o di una volontà sovvertitrice da parte di ristretti gruppi minoritari, ma sia profondamente avvertito nella coscienza sociale di quell'Europa alla quale tanto spesso facciamo riferimento.

4. Quanto alla posizione assunta dal Governo, sia prima sia dopo la presentazione al Senato del disegno di legge sulle unioni civili, è opportuna una, pur sintetica, ricostruzione delle vicende politico-parlamentari che ne sono all'origine.

Nel corso dell'esame della legge finanziaria per il 2007, in Senato fu presentato dal Governo, nel contesto di un cospicuo pacchetto di emendamenti, uno che concerneva taluni benefici in materia fiscale. In esso se ne prevedeva l'applicazione a favore del coniuge, ovvero del convivente *more uxorio*.

Si trattava, insomma, di una norma di tutela dei conviventi, di tenore analogo a quelle più volte previste nel nostro ordinamento giuridico (a partire dalla normativa sulle pensioni di guerra del 1918), e da me ricordate nella relazione introduttiva. Ciononostante l'emendamento fu fermamente contestato da alcuni parlamentari della maggioranza, che indussero così il Governo a riformularlo, espungendo la tutela dei conviventi.

A seguito delle polemiche che seguirono questa decisione, fu predisposto dai capigruppo della maggioranza del Senato un ordine del giorno che invitava il Governo a presentare un disegno di legge in materia; ordine del giorno che risultò però precluso per la posizione da parte del Governo della

questione di fiducia.

Analoghe mozioni impegnarono la Camera dei deputati in una vivace e interessante discussione svoltasi nell'Aula della Camera. A seguito di tali sollecitazioni il Governo presentò al Senato il disegno di legge n. 1339. Come si ricorderà, il giorno dopo la presentazione del disegno di legge il Governo fu costretto alle dimissioni, a seguito della crisi aperta con il voto contrario dell'Aula di Palazzo Madama alla risoluzione di maggioranza sulle comunicazioni del Ministro Massimo D'Alema sulla politica estera del Governo.

Il 28 febbraio, il Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo aver ottenuto il reincarico da parte del Capo dello Stato, nel corso del dibattito sulla fiducia, ha affermato in sede di replica: *“il Governo ha presentato il suo disegno di legge in Parlamento e con questo ha esaurito il suo compito. Sia chiaro, in Parlamento sono già pervenute numerose proposte, della maggioranza e dell'opposizione. È un lavoro del Parlamento costruire un testo sul quale si possa trovare un'ampia convergenza. Mi attendo perciò un dibattito sereno, approfondito, rispettoso di tutti, per ricercare possibilmente soluzioni condivise... Un tema così delicato deve essere affrontato senza preclusioni, in modo serio, lasciando sempre un doveroso margine alla libertà di coscienza”*.

Questa precisa indicazione politico-istituzionale e questo esplicito invito del Presidente del Consiglio sono stati doverosamente accolti dal sottoscritto, nella qualità di relatore, e hanno trovato riscontro nei lavori della Commissione giustizia del Senato, che ha svolto un dibattito sereno, approfondito e rispettoso di tutti. Non vi è stata la consueta contrapposizione maggioranza/opposizione, come è giusto che sia in materie come questa, e come è confermato dai giudizi rispettosamente ma chiaramente critici nei confronti del disegno di legge del Governo, avanzati da tutti i senatori dell'opposizione, ma anche da molti degli intervenuti di maggioranza.

5. Venendo ora al dibattito in Commissione, esso ha affrontato diversi profili; i colleghi mi perdoneranno se non farò puntuale riferimento ai singoli interventi, ma affronterò, per così dire, i blocchi di materie che sono emersi nel dibattito.

Il primo concerne i valori e il riferimento al diritto naturale: tema al quale, come ha giustamente sottolineato il presidente D'Onofrio, non sarebbe giusto sfuggire.

In alcuni interventi è emersa in effetti la preoccupazione che con una

legislazione in questa materia, come in altre che indubbiamente assumono rilevanza etica, si possa assecondare una sorta di deriva nichilistica, considerata presente nella società contemporanea: il nichilismo come punto di approdo di un relativismo privo di ogni fondamento morale. Ora non è dubbio, a mio avviso, che nel secolo che si apre non è possibile più ritenere, come qualche decennio or sono, che una teoria puramente positivista dell'ordinamento giuridico possa essere considerata soddisfacente e sufficiente. Il tema della fondazione etica delle decisioni politiche sul diritto positivo merita non solo di non essere considerato desueto, ma anzi di essere esplicitato e discusso. Assistiamo a un'accelerazione inedita della storia: processi di globalizzazione senza regole, novità affascinanti ma anche inquietanti della scienza e della tecnologia, la guerra del nuovo millennio, che non è guerra fra stati, tutto ciò, e altro ancora, dimostra, a mio avviso, che il tema di una rinnovata fondazione etica del diritto va assunto anche da parte del legislatore.

In proposito occorre tuttavia svolgere due considerazioni. La prima è che sarebbe ingiusto ritenere che nel dibattito si siano confrontati un punto di vista fondato sui valori, e in particolare quello della famiglia fondata sul matrimonio, e un punto di vista di relativismo nichilista. Infatti, chi ha sostenuto l'esigenza di una normativa sulle coppie di fatto non ha negato il valore della famiglia, ma ha indicato valori come la tolleranza, la libertà, il principio di non discriminazione nei confronti degli omosessuali (una discriminazione che ancora esiste nella società italiana, come ha ricordato ancora il sen. D'Onofrio citando il drammatico caso del giovane sedicenne suicidatosi perché deriso dai compagni di scuola che gli imputavano la sua omosessualità), e nei confronti delle stesse convivenze eterosessuali (come dimostrato dal caso, anch'esso evocato e per la verità stigmatizzato da un senatore contrario alla legislazione che si propone in questa sede, come il senatore Mantovano, della compagna del civile ucciso a Nassiriya, alla quale fu vietata dalle istituzioni la partecipazione alla cerimonia funebre in onore dei nostri martiri): anche questi sono valori, non certamente espressivi di una logica sfrenatamente individualista.

La seconda considerazione da svolgere è che il necessario dialogo sui valori deve assumere, per essere produttivo, la capacità di riconoscere di non essere depositari della verità assoluta, che cioè anche chi si fa portatore di valori in tutto o in parte diversi ha le sue ragioni, che meritano di essere ascoltate. Non è solo una parte, insomma, che può essere considerata, in una democrazia, depositaria esclusiva della verità sui valori.

Non vi è stata quindi, nel dibattito in Commissione, una contrapposi-

zione tra valori e nichilismo, ma un confronto nel quale si è riconosciuta in quasi tutti gli interventi la rilevanza dei valori, e quindi anche delle ragioni, di chi la pensa diversamente dal proprio punto di vista.

La sostanza della democrazia, come si sa, è nella sintesi tra valori diversi, nel compromesso in senso alto, cioè non come confusa e contraddittoria composizione di punti di vista diversi, ma come sintesi positiva, nella quale il maggior numero di cittadini possa riconoscersi. Quel compromesso in senso alto che fu raggiunto nella formulazione della nostra Carta costituzionale (sui cui precetti rilevanti nella nostra materia tornerò tra breve), felice punto di incontro tra le idealità e le culture giuridiche della sinistra, del cattolicesimo democratico, del pensiero liberale.

In una democrazia questo processo impone due punti di riferimento: il primo è dato dai principi costituzionali, che costituiscono i valori fondativi della Repubblica, e solo all'interno dei quali può essere adottata una soluzione legislativa. Il secondo è costituito dalla regola della maggioranza, dalla necessità cioè che il consenso si formi attraverso quella procedura deliberativa e quel voto che il Parlamento, massima espressione della sovranità popolare, ha il diritto e il dovere di esprimere.

Vi sono peraltro temi per i quali è non solo utile, ma anche giusto, che la maggioranza che si forma sia più ampia di quella pur sufficiente a produrre l'esito normativo, e non sia rigorosamente legata alla logica del rapporto governo-opposizione.

E' per questo, anche al di là della pur nota ristrettezza dei margini numerici di cui l'attuale maggioranza dispone in Senato, che fin dall'inizio dei lavori in Commissione mi sono mosso, confortato dalla posizione ufficialmente espressa dal Presidente del Consiglio, in precedenza ricordata, alla ricerca di soluzioni che possano avere un adeguato sostegno parlamentare, e che se non eliminino certamente attenuino la contrapposizione che anche nel Paese esiste, come recenti significative manifestazioni popolari di segno opposto hanno confermato. Del resto credo che il primo segnale in questa direzione lo abbia dato il presidente Prodi, quando ha deciso di non firmare il disegno di legge del governo sottoposto al nostro esame.

6. Vengo ora alla questione, anch'essa approfondita nel dibattito in Commissione, della rilevanza della normativa costituzionale in materia. Alle considerazioni che ho già avuto modo di svolgere nel corso della mia relazione, voglio qui aggiungere qualche ulteriore elemento in ordine ai profili emersi nel dibattito.

Il tema dell'interpretazione dell'articolo 29 della Costituzione fu oggetto di un acceso dibattito nel Paese negli anni '60 e '70 del secolo scorso, in riferimento ai temi del divorzio e dell'adeguatezza della disciplina familiare contenuta nel Codice civile del 1942.

Vi fu una parte del mondo giuridico, prevalentemente di ispirazione cattolica, la quale sosteneva che l'interpretazione dell'articolo 29 dovesse essere nel senso di intendere la formula "società naturale", usata dalla norma, come "società di diritto naturale", e che il "riconoscimento" di tale società naturale non fosse che il riconoscimento della anteriorità, rispetto allo Stato, della famiglia come realtà preesistente, originaria e immutabile nel tempo. La conseguenza che ne veniva tratta era di considerare sia l'indissolubilità del matrimonio, sia la supremazia del marito e del padre nell'ambito dei rapporti familiari, sia il favore ai figli legittimi rispetto ai figli nati fuori dal matrimonio, come imposti al legislatore ordinario dalla norma costituzionale.

Sul versante opposto si sosteneva invece che la "natura" cui fa riferimento l'articolo 29 della Costituzione vada in qualche misura storicizzata, e che quindi sia compito del legislatore adeguare la disciplina giuridica dei rapporti familiari alla sua evoluzione sociale.

Come è noto prevalse la seconda interpretazione, suffragata poi dalla sentenza della Corte costituzionale che affermò la legittimità costituzionale dell'introduzione del divorzio, cui fece seguito l'approvazione della riforma del diritto di famiglia, che ha disegnato i rapporti familiari secondo una struttura radicalmente diversa da quella patriarcale e basata sulla discriminazione tra famiglia "legittima" e "illegittima", che era contenuta nel Codice civile del 1942. La famiglia resta insomma una società naturale fondata sul matrimonio, ma il rilievo dei diritti della persona e il principio di eguaglianza hanno dato all'istituto una struttura radicalmente diversa da quella derivante dalla precedente e plurisecolare tradizione.

D'altra parte l'eliminazione di ogni connotato di disvalore, contenuto nell'ordinamento giuridico precostituzionale, ai rapporti extraconiugali si è verificata anch'essa nel corso degli anni '60, attraverso la riformulazione del linguaggio del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina giuridica. Al termine "concubinato", che aveva un'indubbia valenza negativa, si sostituì quello di "convivenza more uxorio", che è espressione quanto meno neutra, priva di alcun disvalore. Particolarmente significativo fu l'intervento della Corte costituzionale, che dichiarò l'illegittimità costituzionale dei reati di concubinato e di relazione adulterina.

7. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, va subito osservato che l'orientamento assolutamente prevalente nel dibattito in Commissione è stato quello di non assumere, e anzi contrastare, qualunque forma di equiparazione tra le unioni civili e il matrimonio. D'altra parte la giurisprudenza della Corte costituzionale dell'ultimo ventennio, alla quale il legislatore deve attenersi nel disciplinare una materia nella quale certamente alla normativa costituzionale deve essere data peculiare attenzione, ha fornito elementi all'interno dei quali il legislatore dispone della discrezionalità politica per assumere le sue decisioni

Al riguardo la Corte costituzionale ha ripetutamente, e in modo univoco, indicato i due estremi, nei quali non si deve cadere e tra i quali va collocata la scelta legislativa. Il primo parametro è quello per il quale l'articolo 29 della Costituzione esclude la possibilità di equiparare alla famiglia fondata sul matrimonio forme di convivenza che sul matrimonio non siano fondate.

Il secondo parametro è quello per il quale il rapporto di convivenza è costituzionalmente rilevante e meritevole di tutela, costituendo una delle "formazioni sociali dove si svolge la personalità dell'uomo" ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione. Si è in presenza, dicono i supremi giudici, di interessi meritevoli di tutela "per le basi di fondata affezione che li esaltano e gli aspetti di solidarietà che ne derivano".

Sulla base di tale impostazione, la Corte costituzionale ha talvolta accolto ricorsi nei quali si chiedeva di riconoscere la rilevanza giuridica del rapporto, affermando, come è accaduto per il contratto di locazione, l'illegittimità costituzionale di una normativa che non vi desse rilievo; altre volte ha respinto la questione, ma talvolta sottolineando che la scelta nel merito andava rimessa alla discrezionalità politica del legislatore ordinario.

Vi è poi un terzo principio costituzionale al quale fare riferimento, secondo la Suprema Corte, che è il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3. Tale norma, come è noto, invita a non equiparare ciò che è diverso (come indubbiamente sono il matrimonio e la convivenza), ma anche a non discriminare ciò che è uguale, giacché, per usare le parole della Corte nella sentenza n. 8 del 1996, "la distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale non esclude affatto la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'uno e dell'altro che possano presentare analogie ai fini dell'applicazione dell'articolo 3". Siamo vicini, come si vede, a quanto deciso dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 2002 in precedenza ricordata.

Va ancora aggiunto che l'articolo 3 della Costituzione contiene un

secondo comma, richiamato dal Capo dello Stato nel suo recente messaggio di saluto al congresso nazionale di un'associazione di omosessuali, nel quale al principio di eguaglianza cosiddetto formale si aggiunge l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di fatto che impediscono la realizzazione di tale eguaglianza.

Del resto la lettura odierna dell'articolo 3 della Costituzione va operata alla luce di quanto previsto dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per il quale "è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza, ... o le tendenze sessuali". Principio di grande civiltà, che impone di evitare ogni forma di discriminazione nei confronti degli omosessuali, come quella che deriverebbe dall'opinione, che peraltro - devo sottolinearlo - non ho ascoltato in alcun intervento svoltosi in questa sede, per la quale la omosessualità debba essere considerata una devianza da occultare o reprimere.

Non mancano d'altronde indicazioni giurisprudenziali che sotto alcuni profili pongono sullo stesso piano convivenza eterosessuale ed omosessuale, come ad esempio la Cassazione (n. 1989 del 1995) in tema di definizione di un atto di disposizione dei beni come obbligazione naturale, con la conseguente irripetibilità della prestazione.

E' in coerenza alla predetta interpretazione della normativa costituzionale che il Parlamento di recente, e con maggioranze diverse da quella attuale, ha notato norme in materie di grande rilievo, come la fecondazione assistita, i trapianti di organo, la procedura per l'interdizione e la inabilitazione e per la nomina dell'amministratore di sostegno, l'affidamento condiviso dei figli, nelle quali al rapporto di convivenza viene dato un trattamento uguale a quello del rapporto matrimoniale.

L'esistenza di tale normativa, e dell'altra da me ricordata nella relazione introduttiva e che qui non torno a richiamare, si accompagna a numerose sentenze della Corte di cassazione, in materia ad esempio di risarcimento del danno per la morte del convivente, basate sul principio per il quale in alcuni casi la portata dell'articolo 3 è quella di vietare, anche in assenza di un intervento legislativo, una disparità di trattamento tra il rapporto di convivenza e il rapporto matrimoniale.

In conclusione, a me pare che una disciplina legislativa del rapporto di convivenza, che non preveda l'equiparazione con gli effetti giuridici che derivano dal matrimonio, e tuttavia faccia discendere da quel rapporto in modo organico diritti e doveri, anche ai fini di dare certezza del diritto rispetto a quanto già previsto dalla giurisprudenza e dalla legislazione vigente, debba considerarsi conforme e anzi quasi dovuta dalla Costituzione,

sulla base dell'interpretazione costante data alle norme costituzionali dagli organi giurisdizionali a ciò preposti dal nostro ordinamento giuridico, e spesso del resto concretizzatasi in conformi interventi legislativi.

8. Prima di giungere alle conclusioni, alcune questioni vanno chiarite, perché sono state al centro del dibattito mediatico, più per la verità che di quello svoltosi in Commissione.

Il chiarimento che segue ha un carattere anzitutto giuridico, al di là delle soluzioni legislative che si vorranno adottare.

Il primo concerne la contrapposizione tra una legislazione che riconosca diritti individuali e una legislazione che riconosca la convivenza in quanto tale. Tale contrapposizione è priva di senso giuridico. Nel momento infatti in cui si riconoscono diritti, nonché doveri, a una persona in quanto convivente con un'altra, è chiaro che si riconosce e si tutela un rapporto giuridico bilaterale, che è appunto il rapporto di convivenza. E ciò a prescindere dalla fonte (contrattuale o meno) del rapporto medesimo. Tale dato emerge del resto nello stesso disegno di legge del Governo, il quale, al di là delle formulazioni giuridiche adottate, indubbiamente dà rilevanza giuridica specifica alla convivenza in quanto rapporto tra due persone.

Nessuno è riuscito a immaginare e prospettare soluzioni giuridiche che non abbiano queste caratteristiche. D'altra parte ciò corrisponde al fondamento costituzionale della tutela, che come si è ricordato è nell'articolo 2 della Costituzione, laddove la norma dice che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo... nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Nel rapporto di convivenza, tutela dei diritti, previsioni di doveri, e riconoscimento giuridico del rapporto di coppia costituiscono un unicum giuridicamente non districabile: la tutela del diritto della persona sussiste, e ha senso e rilievo costituzionale, in quanto partner di una formazione sociale ritenuta meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione.

Da un secondo falso problema occorre sgombrare il campo, quello legato all'alternativa tra inserimento o meno della disciplina del Codice civile.

Anche qui francamente per il giurista è difficile comprendere di che cosa si stia parlando. Se il riferimento è al luogo normativo nel quale inserire la disciplina, la questione appare di evanescente rilevanza. Non c'è dubbio che tutti i disegni di legge all'esame modificano per un aspetto o per l'altro norme attualmente collocate nel Codice civile. Basti considerare, per tornare ancora al disegno di legge del Governo, la materia successoria. Se

si intende invece escludere rilevanza pubblica dalla disciplina, la scelta non discende affatto dalla collocazione o meno nel Codice civile, dal momento che è noto che profili di pubblicità verso l'esterno, nonché di rilevanza nei confronti dello Stato, sono abbondantemente contenuti in più parti del Codice civile vigente.

Del resto, le legislazioni che nei Paesi Bassi, in Belgio e in Spagna hanno introdotto il matrimonio omosessuale lo hanno fatto proprio modificando il Codice civile, e quindi il diritto civile.

Per far questo, bastano poche parole: ad esempio quelle introdotte nel secondo comma dell'articolo 44 del Codice civile spagnolo dalla legge del 2005: "il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente".

Conviene infine fare chiarezza, almeno per quanto mi è possibile, su quello che a me pare un terzo problema sul quale molti equivoci sono sorti, e che va esaminato nei suoi termini giuridici: la questione del cosiddetto carattere pubblico o privato del rapporto di convivenza.

E' del tutto chiaro che il rapporto di convivenza si colloca nell'ambito del diritto civile, e ha carattere eminentemente privatistico. Altrettanto chiaro però è, o almeno dovrebbe essere, dal punto di vista giuridico, che se il rapporto è destinato a produrre effetti oltre le parti, nei confronti dei terzi (in materia ad esempio di rapporti di locazione ovvero successori), di strutture pubbliche (da quelle sanitarie a quelle carcerarie), dello Stato (in materia fiscale ovvero pensionistica) la pubblicità del rapporto è indispensabile, per ragioni di certezza del diritto, per evitare attuazioni fraudolente delle norme di legge, per garantire sicurezza ai diritti che vengono attribuiti.

Per tale ragione il problema giuridico non è quello, come talvolta si dice, del riconoscimento da parte dello Stato (riconoscimento che peraltro già oggi sussiste, per il solo fatto di essere diritti dei conviventi per più versanti previsti dalla legislazione vigente, sia pure in modo lacunoso e con i limiti che si sono ricordati), bensì quello delle forme di pubblicità che si ritengono più adeguate ai fini predetti.

9. A me pare in conclusione che sussistano le condizioni perché i lavori della Commissione proseguano al fine di consentire la soluzione al problema giuridico e politico che abbiamo di fronte. E ciò sulla base di alcuni principi.

In primo luogo la normativa deve avere come presupposto la convivenza come effetto della libera scelta di due persone. In secondo luogo essa deve prevedere diritti e doveri reciproci anzitutto fra le parti. In terzo luogo il rapporto così definito deve avere adeguate forme di pubblicità, al fine di assicurarne la rilevanza verso i terzi. In quarto luogo nessuna discriminazione può essere prevista sulla base del sesso delle persone conviventi.

Quali siano in particolare i diritti e i doveri da prevedere, quali gli effetti nei confronti dei terzi, quale la rilevanza nei confronti dello Stato (noto qui che tutti i disegni di legge in esame prevedono quanto meno il diritto alla reversibilità pensionistica) è materia di confronto e approfondimento ulteriori.

L'introduzione di una normativa del resto a me pare necessaria anche per chi assuma il punto di vista secondo il quale l'esigenza che si pone è solo quella di razionalizzare i diritti già previsti dalla legislazione vigente ovvero riconosciuti dalla giurisprudenza, e semmai di introdurre qualche ulteriore circoscritta misura. Occorre considerare, infatti, da un lato che gli enunciati giurisprudenziali, ai fini della certezza del diritto, la cui tutela è compito primario del legislatore, devono essere consolidati e chiariti. Dall'altro, la normativa esistente, sia che preveda diritti, sia che preveda doveri (come ad esempio il cumulo dei redditi a determinati fini, quale previsto dal decreto legislativo n. 130 del 2000 in materia di cosiddetto redditometro, ovvero dall'interpretazione giurisprudenziale della legge sul patrocinio dei non abbienti), richiede che si definiscano con chiarezza le basi giuridiche alle quali riferire il termine, adottato dalle leggi, ovvero dalla giurisprudenza, di convivente (e talvolta di convivente *more uxorio*).

Sulla base delle predette considerazioni, e alla luce altresì dell'esigenza di individuare una soluzione che abbia una condivisione più ampia, in Parlamento e nel Paese, rispetto all'attuale maggioranza politica, propongo pertanto la costituzione di un comitato ristretto che operi in modo ravvicinato, serio e costruttivo, al di fuori di logiche mediatiche e di contrapposizioni pregiudiziali, eventualmente procedendo a un circoscritto numero di audizioni.

*Sei libri su famiglia e diritto**

U. CERRONI, *Il rapporto uomo-donna nella civiltà borghese*, Edit. Riuniti, Roma, 1975, pp. 166.

La rilevanza del tema affrontato da C. è duplice: politica, in quanto la tensione verso una nuova morale, verso una «emancipazione degli affetti», costituisce una parte essenziale e costitutiva della rivoluzione intellettuale e morale che vuole promuovere una trasformazione radicale dell'assetto politico e sociale; teorica, per la necessità che la cultura marxista cancelli «una grave lacuna, durata troppo a lungo e ormai intollerabile», affrontando al livello scientifico il problema del rapporto uomo-donna.

In questa prospettiva C. affronta tre questioni: il «concetto» di famiglia – della quale viene analizzata la storicità e la connessione alla struttura generale dell'economia sociale –; la funzione socio-economica dell'istituto familiare, che, come residuo storico della dissoluzione progressiva del gruppo primario, deve tentare di soddisfare, in maniera angusta e ristretta, la necessità di determinate funzioni «domestiche» (per cui la erosione storico-reale della comunità domestica «è ben altra cosa della lamentata dissoluzione del mondo degli affetti»); infine – ed è la parte più originale rispetto alle precedenti ricerche di C. sul tema – la «idea dell'eros moderno», come livello del rapporto uomo-donna diverso sia da quello sessuale che da quello istituzionale (socio-economico), e passibile anch'esso di una spiegazione storico-materialistica.

Il ruolo dell'istituzione giuridica della famiglia – e dei meccanismi di regolazione, controllo e coazione giuridica che vi si ricollegano – consiste essenzialmente, per C., nell'esigenza di «determinare con certezza gli *status* delle persone e delle proprietà e quindi la responsabilità per i soggetti deboli e per la dinamica dei patrimoni». Anche su questo terreno, le prospettive di una liberazione degli affetti si legano, nel quadro di una generale trasformazione dei rapporti sociali, alle prospettive di deperimento della regolazione giuridica (coattiva) dei rapporti tra gli uomini e le donne. È questo, sia detto *per incidens*, anche uno dei criteri di valutazione del rinnovamento del diritto di famiglia: che assume un più sostanziale significato quando si valuti lo sforzo compiuto dalla riforma in direzione di una sempre maggio-

* Recensioni pubblicate in *Democrazia e diritto*, 1976, pp. 212-216.

re corrispondenza – peraltro evidentemente irraggiungibile se non in una prospettiva di trasformazione radicale che importi il venir meno della stessa giuridicità dei rapporti familiari – tra rapporti (di coniugio e di filiazione) «di fatto» e rapporti «di diritto».

P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 280.

Nella collana economica del Mulino è apparsa la seconda edizione, con aggiornamenti e sviluppi, del libro di U. comparso nel 1970 con il titolo: «Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni 'giacobine' al Codice civile del 1942», che meglio identificava l'ambito spaziale della ricerca.

Dopo una ricognizione sul regime della famiglia alla fine del Settecento, U. esamina la disciplina del Codice napoleonico ed i limiti della sua effettiva incidenza sulla società familiare italiana; gli ordinamenti familiari degli Stati preunitari; il Codice civile del 1865, del quale viene sottolineata la forte impronta borghese, che si esprime sia nel carattere rivoluzionario rispetto all'«antico mondo di leggi, di giurisprudenze e di pratiche contrattuali proprie dei singoli Stati preunitari», sia nello orientamento moderato dell'organizzazione familiare proposta dal codificatore, basata sulla subordinazione della donna e sul carattere autoritario dei rapporti interni alla famiglia. Il capitolo dedicato al periodo tra il 1865 e il 1915 – «mezzo secolo senza riforme» – sottolinea l'inanità dei tentativi di ammodernamento in senso radicale del diritto di famiglia, soprattutto in materia di divorzio e di diritti della donna. L'ultimo capitolo, infine («Verso la codificazione del 1942»), non entra nel merito dei contenuti del nuovo codice, del quale peraltro, in generale, tende a demistificare il preteso carattere «tecnico» e neutrale.

L'impostazione generale dell'indagine di U. segue due filoni: da un lato, la ricerca, al di là delle formule legislative e della stessa giurisprudenza, dell'«effettivo diritto *quo utimur*», che si può ritrovare non solo nel diritto costruito dai privati stessi, ma anche nel collegamento con principi ed istituti apparentemente estranei al diritto di famiglia; dall'altro, il rifiuto delle «pregiudiziali di questa o quella ideologia» e delle «generalità sociologiche», le quali, per U., comprendono anche l'individuazione delle generali tendenze evolutive della famiglia in relazione ai rapporti economici e sociali: cioè, in definitiva, quello che pare l'unico filo conduttore in grado di dare un senso generale, conoscitivo ed operativo, al complesso di dati e di indicazioni offerto al lettore.

C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Edit. Riuniti, Roma, 1975, pp. 379.

C. propone una valutazione organica e critica della legislazione familiare e della sua riforma, nella quale gli elementi di esegesi tecnico-giuridica e la riflessione teorica generale si fondono sulla base della consapevolezza che la storicità dell'istituto familiare non solo non esclude, ma anzi rafforza l'esigenza di un impegno effettivo, teorico e politico, volto a modificare la presente struttura familiare portandola ad un livello più elevato ed a gettare quindi le basi di un'organizzazione giuridica della famiglia ispirata ad una nuova e più elevata concezione delle relazioni affettive e sessuali. Sulla traccia di questa impostazione, C. esamina il pensiero moderno sulla famiglia – ponendo in luce le possibilità di incontro, concretamente dimostrate dall'ampio arco di consensi politici che ha accompagnato la riforma, tra la critica marxista della concezione tradizionale borghese-cristiana della famiglia ed il processo di adattamento nell'individuazione dei «valori» familiari che, sia pure contraddittoriamente, ha investito il pensiero cattolico post-conciliare –; il regime del matrimonio, caratterizzato da una superata dicotomia di disciplina; l'organizzazione giuridica dei rapporti familiari e la prospettiva di un suo rinnovamento sulla base di una concezione comunitaria della famiglia in cui dall'affetto germinano vincoli umani, sociali ed etici; i problemi etico-sociali e giuridici connessi al divorzio, al controllo delle nascite, all'aborto.

Accentuata in C. è la convinzione che la disciplina giuridica della famiglia, come fondamentale questione sociale, viene ad intrecciarsi con alcuni nodi storici della società italiana; e che pertanto la rifondazione dell'istituto familiare richiede, da un lato, un completamento della stessa opera legislativa di riforma (basti pensare, oltre all'aborto, all'esigenza di rivedere o abrogare il Concordato), dall'altro, e più radicalmente, una generale riforma dell'assetto sociale, nella consapevolezza che la crisi della famiglia moderna è il riflesso della crisi della società capitalista e delle sue strutture privatistiche.

P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 2^a ediz., Jovene, Napoli, 1975, pp. 899.

La seconda edizione del Manuale di R. – che richiederà una valutazione adeguata all'importanza dell'opera nel quadro generale del discorso sugli

strumenti didattici nelle Facoltà di Giurisprudenza – viene qui segnalato in relazione all'ampia trattazione (pp. 349-422) dedicata alla «comunità familiare» dopo l'approvazione della riforma del diritto di famiglia, definita da R. nella prefazione al Manuale «una significativa scadenza della nostra storia civile».

Dalle pagine del Manuale emerge una lettura della riforma certamente «rispettosa delle ragioni ideali e delle soluzioni tecniche»; ed anche se R. si propone di attendere – per «un maturo giudizio» – «il confronto tra le aspettative della nostra società e la concreta applicazione», l'interesse della trattazione esula dai confini della manualistica, anche per l'adesione ai principi informativi che hanno ispirato la nuova normativa.

Dopo un capitolo dedicato a «problemi e tendenze del diritto di famiglia» – particolarmente attento, nella trattazione ad es. della rilevanza giuridica della «famiglia di fatto» o della incongrua duplicità di «forme» del matrimonio nel diritto italiano, al reale significato dei principi costituzionali –, R. esamina il regime del matrimonio e dei rapporti tra i coniugi, della filiazione, della potestà dei genitori, dei doveri di solidarietà familiare, quali risultano dalla nuova disciplina normativa.

M. BESSONE, E. Roppo, *Il diritto di famiglia*, 2^a ediz., Ecig, Genova, s.d. (1975), pp. 256.

L'approvazione della riforma del diritto di famiglia non priva di utilità i materiali raccolti da B. e R.; anzi, la stessa esigenza di attuare la riforma secondo il suo spirito complessivo, anche al di là di specifiche difficoltà interpretative, richiede una considerazione dell'evoluzione della legislazione familiare nella prospettiva storica, che opportunamente gli AA. fanno risalire alla fondazione del moderno diritto familiare nella legislazione della rivoluzione francese e nel Codice napoleonico.

I materiali raccolti – che comprendono testi di autori anche non giuristi, disposizioni legislative, giurisprudenza della Corte costituzionale, progetti di riforma, lavori parlamentari – sono scelti ed ordinati secondo un adeguato criterio direttivo, che muove dalla considerazione dell'evoluzione storica della famiglia in relazione alla trasformazione generale dei rapporti sociali, per informare quindi sulle esperienze dei codici liberali e sui rapporti tra la sistemazione operata dal Codice civile del 1942 ed i principi fissati dalla Costituzione, i cui lavori preparatori sono ampiamente documentati.

La parte finale del volume rende conto dell'opera di adeguamento – condotta negli ultimi venti anni – della disciplina giuridica della famiglia agli innovatori principi costituzionali. Trovano così posto sia una sistemazione organica ed aggiornata dei successivi interventi della Corte costituzionale, sia i più significativi momenti dell'*iter* della riforma, documentati dai lavori parlamentari e dalle valutazioni espresse dalla scienza giuridica sul «progetto unificato» del 1971.

Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, Atti di un convegno di studi, Jovene, Napoli, 1975, pp. 322.

Il volume raccoglie gli atti del Convegno organizzato dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di Economia e Commercio e svoltosi a Napoli nel dicembre 1973, dunque prima dell'approvazione della riforma. Com'è ovvio, tuttavia, è proprio la riforma – ed in particolare il «progetto unificato» del 1971 – a costituire il punto di riferimento costante dei diversi contributi, che conservano quindi per lo più la loro utilità, anche nelle prospettive di applicazione della nuova normativa relativamente ad un profilo – quello del principio di eguaglianza tra i coniugi – la cui effettiva realizzazione trascende lo stesso ambito dei rapporti familiari, se è vero che il futuro democratico della collettività dipende anche dai modelli organizzativi dei gruppi nei quali l'individuo «svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.), com'è sottolineato da U. Maiello nella relazione introduttiva, che peraltro è anche consapevole del fatto che «il modo di essere dell'istituto familiare dipende a sua volta dalla realtà sociale».

Il libro comprende le relazioni di P. Rescigno sull'eguaglianza dei coniugi nei paesi della Comunità europea, di P. Barile sulla giurisprudenza costituzionale, di C. Giannattasio sui rapporti patrimoniali tra coniugi, di F. Finocchiaro sui rapporti personali e la patria potestà, di L. Montesano sull'intervento del giudice, di A. Gardina sul diritto internazionale privato, di R. Scognamiglio sul significato generale del principio di eguaglianza dei coniugi. Sono inoltre raccolti numerosi interventi, tra i quali sono da segnalare almeno le osservazioni di F.D. Busnelli sul significato attuale del dovere di fedeltà coniugale, e di M. Bessone ed E. Roppo sul concetto di unità della famiglia.

Da rilevare infine un dato importante che emerge dalla lettura degli atti del Convegno, e che concerne l'evoluzione della cultura giuridica sul tema

della famiglia: forse per la prima volta, le posizioni favorevoli ad una nuova concezione dei rapporti familiari appaiono fra i giuristi largamente maggioritarie, rispetto alle diffidenze verso la riforma tanto diffuse in passato.

VI. PROPRIETÀ

*L'occupazione abusiva di immobile. Qualche teoria di troppo per una soluzione persuasiva**

SOMMARIO: 1. Il problema – 2. Due “teorie” del danno risarcibile? – 3. Ingiustizia e patrimonialità – 4. “Godimento” e “Disposizione”: due nozioni deboli – 5. Illecito civile e tutela risarcitoria – 6. Sui cosiddetti danni punitivi – 7. A proposito del “non uso” – 8. Le conclusioni delle sezioni unite: danno emergente, lucro cessante e regole probatorie – 9. Contro il “danno *in re ipsa*”.

1. Il problema

Una società acquista all’asta un immobile, ma per dieci anni non lo può utilizzare perché occupato senza titolo da altri. Un condominio adibisce a parcheggio aree di proprietà di una società, che intendeva venderle. Da questi casi hanno preso le mosse la Terza e la Seconda sezione civile (rispettivamente 17.1.2022, n. 1162, e 8.2.2022, n. 3946¹) per chiedere alle sezioni unite della Cassazione di pronunciarsi sulle regole da applicare a tutela delle vittime.

Il tema aveva prodotto una giurisprudenza abbondante e non uniforme, accompagnata da numerosi commenti e note di studiosi².

E’ utile delimitare, all’inizio di questo commento, il “problema” che ha determinato un così ampio dibattito, fino a giungere alle sezioni unite. E’ pacifico, anzitutto, che derivando il carattere “abusivo” dell’occupazione dall’assenza originaria di un titolo, per i danni che ne siano derivati la

* Pubblicato in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, I, pp. 108 ss., in nota a Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645.

¹ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 767, con nota di C. BARBERIO, *Il danno da occupazione sine titolo di un immobile è in re ipsa?* e *ibidem*, pp. 880 ss. la discussione con contributi di M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo, danno in re ipsa?*; M. MAGGIOLO, *Il danno da occupazione abusiva alle Sezioni Unite. Problemi di allegazione, problemi di prova, e pochi problemi di danno*; G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle sezioni unite*; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*.

² Della giurisprudenza precedente ricordiamo in particolare Cass., 7.9.2020, n. 18566 (in *Foro it.*, 2021, I, cc. 591 ss.) per l’interessante argomentazione basata sulla presunzione *iuris tantum* di un danno a seguito della perdita della disponibilità del bene, in considerazione della sua natura “normalmente fruttifera”. Ricorrendo alla tecnica della presunzione *ex art. 2729 cod. civ.*, la sentenza giunge a esiti non dissimili da quelli delle decisioni delle sezioni unite che si commentano, e forse in modo più lineare.

disciplina da applicare è quella della responsabilità extracontrattuale (ferma restando, naturalmente, l'esperibilità di altri rimedi, come la tutela restitutoria).

Dal momento che si è in presenza di una violazione del diritto di proprietà, inoltre, è indubbio il carattere ingiusto del danno.

L'elemento controverso riguarda un altro aspetto: nel sistema del titolo IX cod. civ. perché un danno sia risarcibile non è sufficiente il suo carattere ingiusto, essendo necessario anche che il fatto abbia causato all'attore una perdita economica e/o un mancato guadagno.

La sostanza della questione decisa dalle sezioni unite riguardava quindi i criteri da adottare per provare e quantificare la dimensione economica del danno risarcibile. La risposta, sulla quale torneremo, è che "normalmente" la privazione del godimento del bene comporta un danno emergente, mentre lo stesso non può dirsi per il lucro cessante. Le regole probatorie sono quindi diverse nei due casi. Ma prima di arrivare a questa conclusione, le sezioni unite hanno esaminato una serie di temi, per lo più non rilevanti ai fini della decisione, ma che erano stati sollevati dalle ordinanze di rimessione.

2. Due "teorie" del danno risarcibile?

Le due ordinanze presuppongono un contrasto tra i punti di vista adottati dalle due sezioni, tale da indurre a chiederne lo scioglimento alle sezioni unite. Ma in che consiste questo contrasto? Le sezioni unite dicono che riguarda, nella sostanza, il quesito circa il se, e il come, la "violazione del contenuto del diritto" di proprietà comporti, oltre la tutela reale, quella risarcitoria, e a quali condizioni.

Nessuna delle due ordinanze aveva accolto la controversa tesi del danno *in re ipsa*; entrambe ammettevano infatti la possibilità del convenuto di liberarsi, provando l'inesistenza di un danno risarcibile. Per questa ragione si era parlato di un contrasto più apparente che reale. Per le sezioni unite, invece, il dissenso è reale, e deriva dall'adozione di due "concezioni" diverse del danno.

La giurisprudenza della Seconda sezione avrebbe seguito una concezione "normativa", corrispondente all'idea per la quale la violazione del contenuto del diritto comporta automaticamente un danno risarcibile. Per la posizione della Terza sezione, le sezioni unite parlano di una concezione "causale" del danno, per la quale il pregiudizio risarcibile non è dato dalla

lesione della situazione giuridica, ma dalle conseguenze economiche negative del fatto lesivo.

Per la verità non si tratta di due “teorie”, ma del rilievo dato a due elementi, differenti ma entrambi necessari, perché l’esito del giudizio sia positivo per l’attore: rispettivamente, l’ingiustizia e la patrimonialità del danno. La “mediazione” tra le due teorie, che le sezioni unite dicono di aver operato, è consistita nella trattazione contestuale dei due elementi (com’è giusto), non nella conciliazione di due diverse “teorie”.

3. Ingiustizia e patrimonialità

Il danno extracontrattuale è categoria normativa, non concettuale. Nel sistema del codice, il danno risarcibile è definito da due aggettivi, ingiusto e patrimoniale³ (quest’ultimo, *a contrario*, ex art. 2059 cod. civ. e, in positivo, dalla norma di rinvio dell’art. 2056 cod. civ.).

I due aggettivi indicano due autonomi criteri di valutazione, entrambi necessari per consentire l’esito positivo dell’azione risarcitoria. Vi può essere danno ingiusto, che non dà luogo a risarcimento perché non si è determinata la perdita o il mancato guadagno di cui all’art. 1223 cod. civ.. E vi può essere una conseguenza economica negativa non risarcibile perché l’evento non è connotabile come ingiusto (ad es., le immissioni che rientrano nella normale tollerabilità).

Non è chiaro quindi perché le sezioni unite affermano che la qualifica di danno ingiusto non va distinta da quella di danno patrimoniale. La sentenza dice che il danno ingiusto rappresenta “la sintesi di questi due reciproci vettori”. Ma, appunto, si tratta di “vettori” diversi, se proprio si vuole usare questa parola, e la presenza di entrambi è necessaria perché il danno sia risarcibile.

La ragione è che la funzione risarcitoria, quale definita dal codice, è di compensazione della vittima, non di reintegrazione della situazione lesa (alla quale, come si dirà, provvedono altre tecniche di tutela civile). La nozione di danno extracontrattuale risarcibile, che rileva normativamente, è solo quella che si adatta a un fatto, per il quale dia esito positivo (per la vittima) il giudizio condotto sulla base di entrambi i criteri.

³ Diverse sono invece la logica, le funzioni e la disciplina del danno non patrimoniale; ed è bene quindi usare molta cautela nell’accostare le due figure, come talvolta avviene, ad esempio quando si ragiona di danno-evento e danno-conseguenza.

In ogni caso questa (come altre) digressione teorica è irrilevante ai fini della decisione, dato che le sezioni unite riconoscono che il vittorioso esperimento dell'azione risarcitoria "presuppone" non solo la violazione del diritto (l'ingiustizia) ma anche la perdita economica.

4. "Godimento" e "disposizione": due nozioni deboli

Le sentenze danno rilievo alla coppia godimento-disposizione di cui all'art. 832 cod. civ., e riconducono all'una o all'altra figura le attività del proprietario (il godimento, precisano, può anche essere "indiretto quando è concesso ad altro dietro corrispettivo").

Il binomio godimento-disposizione è una formula risalente alla tradizione francese (art. 544 *code civil*) con la funzione di riassumere le facoltà che competono al proprietario: cioè tutte, per tale norma, tranne quelle escluse da leggi o regolamenti.

Non è presente invece nella tradizione tedesca: il §903 BGB non ne fa menzione. In effetti, nessuno dei due termini caratterizza la proprietà: il godimento è comune a tutte le situazioni che pongono il titolare in una relazione diretta con la cosa, mentre la disposizione attiene piuttosto alla titolarità, ed è quindi propria di tutti i diritti soggettivi disponibili.

Dell'elemento che caratterizza la proprietà discussero i pandettisti, e la soluzione prevalente (poi teorizzata compiutamente da Kelsen) fu la centralità assegnata all'elemento dell'esclusività ("in modo esclusivo" dice l'art. 832 cod. civ.): "l'essenza della proprietà" risiede nell'attribuzione in via di principio al proprietario del potere di escludere gli altri dalla cosa⁴.

Il binomio godimento-disposizione è quindi scarsamente significativo e serve in realtà alle sezioni unite, come vedremo, per distinguere, all'interno del danno causato dall'occupazione abusiva, la voce del danno emergente da quella del lucro cessante.

Assume piuttosto rilievo, come elemento caratterizzante la situazione soggettiva, il potere del proprietario "di scegliere le possibili destinazioni del bene e di modificarne l'organizzazione produttiva", come dicono le sezioni unite; che poi questo potere sia riconducibile al godimento o invece alla disposizione, è questione di gusti, perché irrilevante. Nel diritto contemporaneo, il potere di destinazione può esprimersi in forme molto incisive (proprietà fiduciaria, trust, rilevanza nei confronti dei terzi di vincoli di destinazione, costituzione di patrimoni separati destinati a uno scopo).

⁴ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 129.

5. *Illecito civile e tutela risarcitoria*

La violazione del contenuto del diritto di proprietà è suscettibile di tutela non solo reale ma anche risarcitoria? Naturalmente la risposta delle sentenze è positiva.

Tuttavia, si aggiunge, ciò non implica il superamento della distinzione tra le due tutele, che deve essere lasciata “intatta”. Alla tutela “reale” andrebbero ricondotte alcune fattispecie normative che prevedono pagamenti di tipo indennitario, aggiuntive rispetto al risarcimento del danno (art. 938 e 948, comma 1°, cod. civ.).

La tutela reale è rivolta al futuro; l'azione risarcitoria è invece orientata al passato, per rimediare alla perdita economica illegittimamente subita. L'argomentazione è utilizzata per chiarire che la tutela risarcitoria richiede, per essere esperita con esito positivo, l'elemento del danno risarcibile, non necessario per quella reale.

In altri termini, per dirla forse più semplicemente, l'illecito civile (la sentenza parla di “violazione del diritto”) può dar luogo a forme di tutela civile, pur in assenza di un danno risarcibile. La tutela restitutoria, anzitutto; e la tutela inibitoria (come espressamente l'art. 949, comma 2°, cod. civ.; e previsioni analoghe sono nell'art. 7 e nell'art. 2599 cod. civ., letto insieme all'art. 2600 cod. civ.). Se ne è dedotta, in primo luogo, la vigenza nel sistema di un generale rimedio di cessazione; in secondo luogo, l'autonomia funzionale tra le due forme di tutela, anche in ordine ai presupposti concernenti l'imputazione (la sussistenza del criterio della colpa, o degli altri di cui al titolo IX, non è richiesta per l'ordine di cessazione)⁵.

6. *Sui cosiddetti danni punitivi*

Le sentenze in esame affrontano poi due temi sollevati dalle ordinanze di remissione: i danni punitivi e l'occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione. Nell'ordinanza della Terza sezione era stato sollevato il dubbio che ammettendo la risarcibilità del danno *in re ipsa*, si configurasse un danno punitivo (perché non commisurato a un'effettiva perdita economica; e in effetti ciò che caratterizza il risarcimento punitivo è che determina un arricchimento della vittima, esito precluso per il risar-

⁵ Va notato, in proposito, che le sentenze non sono state chiamate a pronunciarsi sulla controversa questione della rilevanza o meno della colpevolezza del convenuto per l'esito positivo dell'azione risarcitoria *ex* art. 949, comma 2°, cod. civ.

cimento ordinario). Non essendo espressamente previsto dalla legge, questo esito sarebbe inammissibile, secondo quanto stabilito da Cass., sez. un., 5.7.2017, n.16601 (in *Giur. it.*, 2017, 1787 ss.).

A questo dubbio, le Sezioni unite rispondono che il danno punitivo presuppone una qualità riprovevole della condotta del danneggiante, irrilevante nel tema in esame. Per la verità la cit. sent. 16601/17 indicava la ratio dei danni punitivi nell'esigenza, in casi determinati espressamente previsti da una norma di legge, di assicurare l'effettività della tutela, secondo un principio riconducibile all'art. 24 Cost.

In ogni caso, il dubbio della Terza sezione non era infondato; ma è superato dal fatto che, come vedremo, le sezioni unite non ritengono applicabile all'occupazione abusiva il criterio del danno *in re ipsa*.

Un ampio esame è anche dedicato all'art. 42-*bis* del d.P.R. 8.6.2001, n.327, che disciplina l'occupazione senza titolo di un bene da parte della pubblica amministrazione per scopi di pubblico interesse. La sentenza ne sottolinea giustamente la differenza strutturale e funzionale con l'occupazione abusiva operata da un privato. Si può aggiungere che l'art. 42-*bis* è comunque norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica.

7. A proposito del “non uso”

Dopo queste riflessioni, le sezioni unite arrivano al dunque. “Nell'occupazione abusiva di immobile è richiesta la allegazione della concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento che è andata persa”: è questa la premessa da cui muove il ragionamento che conduce alla soluzione adottata nella formulazione dei “principi di diritto”.

La sentenza osserva anzitutto che dalla suddetta premessa discende che il “non uso”, pur rientrando nel contenuto del diritto, non è suscettibile di risarcimento, ma solo di tutela reale: vi è stata violazione del diritto, ma non “pregiudizio al bene delle vita”.

E' controverso se il “non uso” costituisca una modalità di esercizio del diritto, o rientri invece nella sfera della libertà. Se si segue – come le sentenze in commento – la prima tesi, non appare convincente la tesi della sua irrisarcibilità. Si è ritenuto, al contrario, che il risarcimento è dovuto “in ogni caso in cui l'illecito abbia sottratto temporaneamente al danneggiato la possibilità di utilizzare” il bene, essendo irrilevante la circostanza che il danneggiato non avrebbe voluto o potuto utilizzarla⁶.

⁶ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischi, danno*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 607.

In proposito, si può aggiungere che da orientamenti recenti il “non uso” è considerato in una prospettiva più ampia rispetto all’impostazione tradizionale. Quando determina conseguenze sociali o ambientali negative, alla luce del principio della funzione sociale della proprietà⁷ il non uso può apparire in via di principio illegittimo; e la tesi può essere ora avvalorata dalla nuova formulazione dell’art. 41 Cost.

Se ne è discusso a proposito dell’ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà. Da questo innovativo punto di vista, l’”uso” – in determinate circostanze – appare un “obbligo” (cfr. art. 832 cod. civ.) a carico del proprietario, non una facoltà o una manifestazione di libertà. Nel dato positivo vi sono elementi in questo senso, oltre quelli desumibili dalle norme costituzionali (art. 2053 cod. civ. e, per altro verso, art. 838 cod. civ.); ma proseguire il ragionamento su questa strada ci porterebbe fuori tema.

8. Le conclusioni delle sezioni unite: danno emergente, lucro cessante e regole probatorie

Torniamo quindi alle conclusioni delle sentenze in esame. La perdita della possibilità di esercizio del diritto di godimento (diretto o indiretto, come corrispettivo del godimento concesso ad altri), dicono le sezioni unite, è l’oggetto vero del contrasto giurisprudenziale da risolvere, e va tenuto distinto dalla rilevanza di una (mancata) vendita.

Si delinea in tal modo la sostanza della decisione della Corte, basata sulla distinzione fra la richiesta risarcitoria fondata sulla perdita della concreta possibilità di utilizzare, e quella che ha ad oggetto invece il mancato guadagno causato dall’occupazione abusiva.

Qui entrano in gioco le regole probatorie. Nel primo caso, è sufficiente all’attore provare di aver perduto la possibilità di godimento; da questa si deduce infatti, per la “tendenziale normalità del pregiudizio al godimento del proprietario a seguito dell’occupazione abusiva”, che vi è stata una perdita economica. Il giudice la quantificherà, se il proprietario non può provare la perdita nel suo specifico ammontare, con valutazione equitativa, in base all’art. 1226 cod. civ.; “se del caso tramite il canone locativo del mercato”⁸.

Il convenuto può tuttavia liberarsi; ha infatti l’onere di provare, con

⁷ C. M. BIANCA, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 105

⁸ E’ il criterio proposto da TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischi, danno*, cit., p. 596, anche se sulla base di un ragionamento in parte diverso.

contestazione rigorosamente specifica, che il proprietario non avrebbe esercitato il diritto di godimento.

Diverso il discorso per il mancato guadagno. Per ottenerne il risarcimento spetta all'attore provare pregiudizi specifici e ulteriori rispetto alla mera perdita del godimento (in particolare, che avrebbe locato o venduto il bene contro un corrispettivo superiore a quello di mercato).

Sulla base di questa soluzione, la sentenza osserva che le nozioni di “danno normale” e “danno presunto”, emerse nella giurisprudenza della Seconda sezione, hanno una portata meramente descrittiva. Nella sostanza, infatti, rileva pur sempre l'effettività della perdita, anche se si richiede una “maggiore frequenza” dell'onere probatorio del convenuto, alla quale corrisponde una “minore frequenza” dell'onere probatorio a carico dell'attore.

Come si vede, il ragionamento così svolto per giungere alla enunciazione dei persuasivi “punti di diritto” prescinde dalle (meno persuasive) enunciazioni teoriche che la precedono.

L'argomentazione, basata sulla presunzione della normalità del danno da perdita del godimento, superabile tuttavia dal convenuto, funziona infatti da sola, verrebbe da dire, e le indicazioni operative ai giudici, contenute nei tre principi di diritto, sono molto chiare.

9. Contro il “danno in re ipsa”

Non può parlarsi, quindi, di un ritorno surrettizio del danno *in re ipsa*, o di una nuova figura di “danno presunto”; le sentenze ammettono, infatti, la prova contraria, anche se con un peculiare rigore per il convenuto.

In questo modo, le sentenze sembrano una condanna (è da augurarsi definitiva) della espressione “danno *in re ipsa*”, anche se le sezioni unite non si pronunciano espressamente in proposito (del resto, entrambe le ordinanze avevano evitato di ricorrere a tale espressione).

“Danno *in re ipsa*” significa automatismo risarcitorio in presenza di un fatto lesivo di un diritto; o, detto altrimenti, la rinuncia al controllo sull'esistenza, in concreto, di una perdita economica; che è richiesta invece – e lo abbiamo osservato in precedenza – dall'art. 2056 cod. civ..

Naturalmente, l'ordinamento può prevedere ipotesi specifiche nelle

⁹ La giurisprudenza prevalente, in effetti, la rifiuta (si veda, per il danno “da fermo tecnico” subito dal proprietario di un autoveicolo in riparazione, Cass., 19.9.2022, n. 27389, e altre, che superano un precedente indirizzo favorevole).

quali questo automatismo è invece disposto, o che possono essere interpretate in tal senso.

Si può fare riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, per la peculiare disciplina del risarcimento prevista dalle normative in materia (art. 158 l. dir. d'autore, art. 125 cod. propr. industr; v. anche art. 14 d. legis. n. 3 del 2017 sul danno antitrust); nessuna delle quali, peraltro, prevede un "automatico" diritto al risarcimento a seguito del fatto lesivo.

Cass., ord. 13.12.2021, n. 39763 (in *Foro it.*, 2022, I, cc. 2832 ss.), in tema di responsabilità dell'Internet service provider, ha detto che la violazione del diritto di esclusiva determina un danno da lucro cessante "che esiste *in re ipsa*". Anche tale decisione, peraltro, afferma poi non un automatismo risarcitorio, ma l'inversione dell'onere della prova sul lucro cessante; l'autore della violazione può infatti dimostrare che nel caso concreto non sussistono danni risarcibili.

Se non per ipotesi eccezionali, nelle quali la legge preveda un automatismo risarcitorio derivante da una specifica fattispecie lesiva, si può dire, in conclusione, che la figura del danno *in re ipsa* non ha diritto di cittadinanza nel nostro sistema; e le sentenze che si sono qui commentate confermano questa conclusione.

*Teoria e pratica dell'occupazione abusiva**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Teoria della proprietà – 3. La tutela civile della proprietà (e dei diritti) – 4. La teoria del danno – 5. La regola e le eccezioni: danno punitivo e occupazione abusiva della pubblica amministrazione – 6. Presunzione di danno, non danno presunto.

1. *Premessa*

L'elegante e colta sentenza delle Sezioni unite è ben analizzata e commentata in altri scritti nella rivista *Il Foro italiano*. Qui svolgerò qualche considerazione sui nodi teorici ai quali la sentenza dedica alcune considerazioni (peraltro non sempre rilevanti alla fine della condivisibile soluzione adottata).

2. *Teoria della proprietà*

La sentenza dà rilievo alla coppia godimento-disposizione con la quale l'art. 832 c.c. indica il “contenuto del diritto” di proprietà, e riconduce all'una o all'altra figura le attività del proprietario (il godimento, precisa, può anche essere “indiretto, quando è concesso ad altri dietro corrispettivo”).

Si può osservare in proposito che il binomio godimento – disposizione, di cui all'art. 832, è una formula risalente alla tradizione francese (art. 544 *code civil* e art. 436 Codice del 1865) con la funzione di riassumere le facoltà che competono al proprietario: cioè tutte, tranne quelle escluse da leggi o regolamenti. Nessuno dei due termini, peraltro, caratterizza la proprietà: il godimento è comune a tutte le situazioni che pongono il titolare in una relazione diretta con la cosa, mentre la disposizione attiene piuttosto alla titolarità, ed è quindi proprio di tutti i diritti soggettivi disponibili.

Quanto al “non uso”, secondo la sentenza rientra nel contenuto del diritto, ma “non è suscettibile di risarcimento”. È interessante notare che per il filone di pensiero – del quale ora diremo – che non ritiene che il binomio godimento – disposizione caratterizzi il diritto di proprietà il non uso non è considerato esercizio del diritto, perché rientra nella sfera della libertà.

* Pubblicato in *Foro italiano*, 2022, I, c. 3675, in nota a Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, nn. 33645 e 33659.

Secondo orientamenti recenti, si è tuttavia osservato che quando il non uso (l'“abbandono di fatto”) del bene determina conseguenze sociali o ambientali negative, può comportare la perdita del diritto di proprietà.

Se si accedesse a queste tesi, l'“uso” diverrebbe un dovere, non una facoltà o una manifestazione di libertà. Nel dato positivo elementi in questo senso vi sono (art. 2053 e 2054; e, per altro verso, art. 838 c.c.); ma è difficile dedurre un principio generale normativo. A una conclusione diversa può giungersi in base alla nuova formulazione dell'art. 41 cost.?

Chiusa la parentesi sul “non uso”, va notato che il binomio godimento-diposizione è considerato caratterizzante la situazione proprietaria dalla tradizione francese, non da quella germanica. Ne discussero i pandettisti, e la soluzione prevalente (poi teorizzata compiutamente da Kelsen) fu la centralità assegnata invece al “modo esclusivo” dell'esercizio del diritto. Ne resta traccia nel § 903 BGB, che dà una nozione più soddisfacente, rispetto art. 832 c.c., del “contenuto della proprietà”.

Naturalmente, il potere di disposizione è un elemento essenziale della situazione proprietaria. È compreso nella garanzia costituzionale (cfr. Corte Cost. n°108/1986, *Foro it.*, 1986, I, 1145), e comporta limiti all'autonomia contrattuale (cfr. art. 1379 c.c.). Nel diritto contemporaneo può esprimersi in forme giuridicamente molto incisive (proprietà fiduciaria, trust, rilevanza nei confronti dei terzi di vincoli di destinazione, costituzione di patrimoni separati destinati a uno scopo: istituti sui quali si esercitano studiosi e giuridici).

3. La tutela civile della proprietà (e dei diritti)

La violazione del contenuto del diritto di proprietà è suscettibile di tutela non solo reale ma anche risarcitoria? Naturalmente la risposta della sentenza è positiva.

Tuttavia, si aggiunge, ciò non implica il superamento della distinzione tra le due tutele, che deve essere lasciata “intatta”. Alla tutela “reale” andrebbero ricondotte alcune fattispecie normative che prevedono pagamenti di tipo indennitario, aggiuntive rispetto al risarcimento del danno (art. 938 e 948, co.1).

La tutela reale è rivolta al futuro (con le significative eccezioni, parrebbe, della inibitoria per immissioni illecite e della denuncia di nuova opera; l'azione risarcitoria è invece orientata al passato, per rimediare alla perdita economica illegittimamente subita. L'argomentazione è utilizzata per chia-

rire che la tutela risarcitoria richiede, per essere esperita con esito positivo, l'elemento del danno risarcibile, non necessario per quella reale.

In altri termini, per dirla forse più semplicemente, l'illecito civile (la sentenza parla di "violazione del diritto") può dar luogo a forme di tutela civile, pur in assenza di un danno risarcibile. La tutela restitutoria, anzitutto; e la tutela inibitoria (come espressamente l'art. 949, 2°co; e previsioni analoghe sono negli art. 7 e art. 2599, letto insieme all'art. 2600 c.c.) Se ne è dedotto, in primo luogo, la vigenza nel sistema di un generale rimedio di cessazione; in secondo luogo, l'autonomia funzionale tra le due forme di tutela, anche in ordine ai presupposti concernenti l'imputazione (la sussistenza del criterio della colpa, o degli altri di cui al titolo IX, non è richiesta per l'ordine di cessazione).

Va notato, in proposito, che la sentenza non è stata chiamata a pronunciarsi sulla controversa questione della rilevanza o meno della colpevolezza del convenuto per l'esito positivo dell'azione risarcitoria ex art. 949, 2°co.

4. *La teoria del danno*

Il danno è categoria normativa, non concettuale. Nel sistema del codice il danno risarcibile è definito da due aggettivi, ingiusto e patrimoniale (quest'ultimo, a contrario, ex art. 2059; e, in positivo, dalla norma di rinvio dell'art. 2056).

I due aggettivi indicano autonomi criteri di valutazione. Vi può essere danno ingiusto, che non è risarcibile perché non ha determinato la perdita o il mancato guadagno di cui all'art. 1223. E ci può essere una conseguenza economica negativa, che non dà luogo a risarcimento perché l'evento lesivo non è connotabile come ingiusto. Ne deriva la dualità dei nessi causali, tra i quali, dice la sentenza, corre una distinzione logica e non cronologica. Peraltro, si può osservare che anche la cronologia conta: sono risarcibili solo le "le conseguenze immediate e indirette" del fatto lesivo. Quindi non è chiara la ragione per la quale la sentenza affermi che la qualifica di danno ingiusto di cui all'art. 2043 non va distinta da quella di danno patrimoniale. Si tratta invero, come già osservato, di due profili differenti, entrambi necessari per consentire l'esito positivo dell'azione risarcitoria. La sentenza dice che il danno ingiusto rappresenta "la sintesi di questi due reciproci vettori". Ma ciò conferma, mi pare, che si tratta appunto di "vettori" diversi, e che la compresenza di entrambi ("la sintesi") è necessaria perché il danno sia risarcibile, non essendo da solo sufficiente il requisito dell'ingiustizia. La

ragione è che la funzione normativa risarcitoria, quale definita dal Codice, è di compensazione della vittima, non di reintegrazione della situazione lesa. Per questo non ha molto senso domandarsi a quali dei due aspetti – rilevanza patrimoniale e valutazione di ingiustizia – debba essere riservata la nozione di danno ex art. 2043, giacché la nozione che rileva normativamente è solo quella che si adatta a un fatto, per quale dia esito positivo (per la vittima) il giudizio condotto alla luce di entrambi i criteri.

5. La regola e le eccezioni: danno punitivo e occupazione abusiva della pubblica amministrazione

Le regole sulla riparazione del danno, desumibili dall'art. 2056, possono (entro i limiti di cui diremo) subire delle eccezioni, verso l'alto e verso il basso.

La sentenza ne parla, in primo luogo, con riferimento ai danni punitivi. Nell'ordinanza della Terza Sezione era stato sollevato il dubbio che per la via del "danno *in re ipsa*" si venisse a configurare un danno punitivo non espressamente previsto dalla legge, e quindi inammissibile, in base alla nota sentenza delle Sezioni unite (n. 16601/2017). La nostra sentenza esclude in radice la fondatezza del dubbio, affermando che il danno punitivo richiede una qualità riprovevole della condotta del danneggiante, irrilevante nel tema in esame. (Peraltro la sentenza sui danni punitivi ne dava una ratio diversa, riconducibile all'esigenza, in determinati casi, di una tutela effettiva, secondo un principio riconducibile all'art. 24 cost.).

Il principio della riparazione integrale del danno, che governa il sistema, è suscettibile di deroghe. Anzitutto, una norma di legge può determinare il *quantum* risarcitorio in misura inferiore. Lo prevede il Codice (che parla per tali fattispecie di "indennità") per il danno cagionato in stato di necessità, o dall'incapace. Limiti quantitativi inferiori sono poi previsti da norme contenute nella legislazione speciale; la Corte Costituzionale ha affermato che il principio della riparazione integrale "non ha copertura costituzionale", e in casi eccezionali può essere disposta "una limitazione del risarcimento del denaro", sottoposta peraltro al controllo di ragionevolezza (Corte Cost. n. 369/1996).

In altre ipotesi legislative la norma detta invece criteri di liquidazioni che comportano un *quantum* risarcitorio superiore; Cass., sez. un., n. 16601/2017 ne contiene un elenco, ne individua la *ratio* nei termini di cui

si è detto, e, soprattutto, ne sottolinea il carattere eccezionale, alla luce degli art. 23 e 25 cost. Il dubbio della Terza sezione, quindi, non era privo di senso.

Tornando alla nostra sentenza, va segnalato anche l'esame di un altro tema sollevato dalla Terza sezione, il rapporto dell'occupazione abusiva con l'occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione, di cui all'art. 42 *bis* del d. P.R. 327/2001. Tale norma è attentamente analizzata, e se ne segnala la specificità, anche alla luce di Cass., sez. un., n. 20691/2021, e la differenza con la fattispecie di occupazione abusiva di immobili.

Come già notato da Corte cost. n. 71/2015, l'art. 42 *bis* sembra prevedere una fattispecie indennitaria, e non risarcitoria; è comunque indubbio il suo carattere eccezionale.

6. Presunzione di danno, non danno presunto

La sentenza fonda la sua decisione su due argomenti. In primo luogo, la presunzione (anche se la Corte, a differenza della Seconda sez., non fa esplicito riferimento agli art. 2727 e 2729 c.c.) della “tendenziale normalità del pregiudizio al godimento del proprietario a seguito dell'occupazione abusiva”. In secondo luogo, una lettura delle regole probatorie ispirata al favor per il proprietario.

In sintesi: all'attore è sufficiente provare, per il danno emergente, la perdita della concreta possibilità di godimento; da questa si deduce, secondo la presunzione di “normalità” di cui si è detto, che vi è stata una perdita economica; il giudice la quantificherà (utilizzando la norma dell'art. 1226 c.c. sulla valutazione equitativa) con il parametro del canone locativo di mercato.

Al convenuto l'onere di opporre – adducendo fatti rigorosamente specifici – che l'attore non avrebbe comunque esercitato il potere di godimento.

Diverso il discorso per il lucro cessante. Qui l'attore ha l'onere di provare pregiudizi specifici e ulteriori (in particolare, che avrebbe locato o venduto il bene contro un corrispettivo superiore a quello di mercato).

Le aggettivazioni usate dalla Seconda sez. (danno “normale” o “presunto”) sono da considerarsi quindi meramente descrittive, dice la sentenza.

Forse l'intero ragionamento sarebbe stato più semplice senza le premesse teoriche che lo precedono. L'argomentazione basata sulla presunzione della normalità del danno, superabile tuttavia dal convenuto, funziona, per così dire, da sola, e le indicazioni operative ai giudici, contenute nei 3

principi di diritto enunciati al punto 4.10, sono per fortuna molto chiare.

Non può parlarsi, in conclusione, di un ritorno surrettizio del danno *in re ipsa*, o di una nuova figura di “danno presunto”; la sentenza ammette la prova contraria, anche se con un peculiare rigore per il convenuto.

Infine, la sentenza mi sembra una condanna (mi auguro definitiva) della espressione “danno *in re ipsa*”, che non ha diritto di cittadinanza nel nostro sistema.

*Neoproprietarismo e teorie giuridiche della proprietà**

SOMMARIO: 1. La proprietà come potere della volontà – 2. La clausola sociale – 3. La proprietà o le proprietà? – 4. Dominio sulla cosa o potere di escludere?

1. La proprietà come potere della volontà

Piketty ha individuato nel neoproprietarismo, inteso come ritorno all'individualismo ottocentesco, la tendenza economico-sociale prevalente negli ultimi decenni¹.

Si può verificare questo giudizio con riferimento alle teorie giuridiche della proprietà.

Nell'Ottocento, com'è noto, prevaleva l'idea del carattere unitario della categoria proprietaria, e della sua caratterizzazione come dominio della volontà del proprietario sulla cosa, protetta dallo Stato.

Questa concezione, largamente diffusa, ha la sua teorizzazione più compiuta nei pandettisti.

Le radici culturali sono nel pensiero di Kant e Hegel, che, per vie diverse, affermano la centralità dello Stato e valorizzano la volontà come massimo attributo della personalità umana, e come fondamento del diritto del proprietario di escludere gli altri dal bene.

Non è il caso di approfondire il loro pensiero², se non per ricordare che Kant riprende l'antico argomento della occupazione (che risale al pensiero della stoa e poi a un filone del giusnaturalismo), accentuando l'aspetto della "volontà" di occupare. Rimane senza risposta l'obiezione di Schopenhauer³: «come potrebbe la semplice affermazione della mia volontà di escludere altri dal possesso di una cosa, costituire a ciò un immediato diritto?». Anche per Hegel il ruolo dello Stato è di garantire quella «personificazione della cosa», nella quale si manifesta la libertà di volere. Kelsen ne parla come di

* Pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2020, pp. 1169-1178.

¹ T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, 2019.

² Cfr. C. PIERSON, *Just Property*, II, Oxford, 2016, pp. 70 ss.; M. PROSPERO, *Filosofia del diritto di proprietà*, I, Milano, 2009, pp. 351 ss.; ID., *Filosofia del diritto di proprietà*, II, Milano, 2009, pp. 423 ss.

³ A. SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, trad. it., Torino, 2013, p. 442.

«frasi prive di significato»⁴.

In realtà la filosofia idealistica, nel tentativo di dare un fondamento ontologico alla proprietà dei moderni, è molto debole, e diviene irrilevante nel momento in cui prende il sopravvento la logica della positivizzazione del diritto: la proprietà è così, perché così dispone l'ordinamento giuridico positivo⁵. Questa logica prevarrà nei pandettisti, per i quali la «ratio scripta», in base alla quale costruire il sistema, deriva dalla lettura che danno del diritto romano come diritto positivo. Windscheid è esplicito: a fondamento del sistema è la legge, cioè «la pronunzia emanata dallo Stato, che qualche cosa sarà diritto»; e «il diritto romano ha efficacia di legge generale per gran parte della Germania». Esso prevale sul diritto consuetudinario, ed è nel diritto romano, e non «ricorrendo al cosiddetto diritto naturale», che si devono individuare principi e regole giuridiche⁶.

Quello che i due massimi esponenti dell'idealismo tedesco lasciano in eredità ai giuristi non è la giustificazione della proprietà, tentata dai filosofi, ma la costruzione di un sistema del diritto privato fondato sulla volontà individuale garantita dallo Stato.

A partire dal concetto di proprietà i pandettisti elaborano una categoria generale di diritto soggettivo, definito come «una signoria della volontà attribuita dall'ordine giuridico»⁷. Perché il diritto soggettivo esista, occorre la legge che lo attribuisca; ma compito dello Stato è appunto rendere «la volontà del titolare decisiva» per l'attuazione della norma e per la produzione di effetti giuridici.

Nasce così la figura centrale del diritto soggettivo, che per Kelsen «è la tecnica specifica dell'ordinamento giuridico capitalista, in quanto garantisce le istituzioni della proprietà privata e tratta quindi con particolare riguardo gli interessi individuali»⁸.

Con analogo procedimento di astrazione si crea la figura del negozio giuridico: «una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico»; l'ordinamento «fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio». In questa categoria generale si inserisce il contratto, come figura logicamente subordinata (è il «negozio giuridico bilaterale», che consiste nella «riunione di volontà» di soggetti diversi).

⁴ H. KELSEN, *La democrazia*⁴, trad. it., Bologna, 1984.

⁵ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino, 1961, pp. 227 ss.

⁶ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad. it., Torino, 1930, pp. 17 ss.

⁷ WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., pp. 107 ss., 202 ss.

⁸ H. KELSEN, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1967, p. 159.

La «teoria della volontà» organizza in un sistema coerente le norme del diritto privato, sulla base del principio per il quale compito dell'ordinamento giuridico è consentire all'individuo di realizzare la propria volontà, salvi solo i limiti necessari per garantire la volontà di altri individui.

Non è più, quindi, il diritto naturale a giustificare la proprietà e il contratto, perché il diritto soggettivo e il negozio giuridico sono presentati come categorie scientifiche, desunte attraverso procedimenti logici dal diritto vigente.

La dottrina successiva supererà questa concezione. L'idea della proprietà come dominio di una persona su una cosa, già criticata nel secondo Ottocento da Thon in Germania e da Holmes negli Usa⁹, fu superata nel Novecento. Kelsen osserva che questa teoria «ha un carattere decisamente ideologico»: la proprietà dei moderni è una relazione interpersonale garantita dal diritto, e la sua essenza consiste nella «esclusione, statuita dall'ordinamento giuridico, di tutti gli individui dalla disposizione della cosa»¹⁰.

Parallelamente, negli Usa Hohfeld¹¹ abbandona l'impianto di Blackstone: la proprietà non esprime un potere caratterizzabile unitariamente come «dominio sulle cose»; è invece un «fascio di diritti».

2. *La clausola sociale*

Le teorie tradizionali della proprietà, a ben vedere, presuppongono la riconduzione della proprietà a quel diritto fondamentale di libertà, che i giusnaturalisti — e soprattutto Locke — avevano individuato come limite generale al potere politico dello Stato.

Il costituzionalismo sociale novecentesco interrompe questo nesso. Nelle costituzioni dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, ma anche in quelle di stati extraeuropei, è contenuta una «clausola sociale»¹², che detta un criterio alternativo: esiste un limite di principio alla libertà proprietaria. E simile è l'esito della giurisprudenza costituzionale Usa, a partire dalla seconda metà degli anni '30¹³.

⁹ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo* (1878), trad. it., Padova, 1951; O.W. HOLMES, *The common Law* (1881), rist., New York, 1991, pp. 244 ss.

¹⁰ KELSEN, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, cit., pp. 153 ss.

¹¹ W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 23 (1913), pp. 16 ss.; pp. 26 (1917), pp. 710 ss.

¹² G.B. ALEXANDER, *The Global Debate over Constitutional Property*, Chicago-London, 2006.

¹³ Ne ho parlato in C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil*

In Italia, la Costituzione parla di «funzione sociale». Questa non è una mera dichiarazione di principio. Produce conseguenze rilevanti nel sistema giuridico¹⁴. Le norme di legge vanno interpretate alla sua luce, e le limitazioni ai poteri proprietari possono essere applicate per analogia. Le leggi che attuano il principio della funzione sociale sono costituzionalmente legittime, anche quando incidono in modo rilevante sulle prerogative proprietarie.

La clausola sociale ha poco a che vedere con la c.d. responsabilità sociale d'impresa, oggi di moda davanti alla crisi di legittimazione del neoproprietarismo. Nel documento del 19 agosto 2019 della *Business Roundtable* (associazione che riunisce i capi delle 181 maggiori imprese statunitensi), di cui molto si è parlato, si afferma che le imprese devono considerare non solo l'interesse degli azionisti, ma anche quelli di chiunque sia interessato alla loro attività (dipendenti, consumatori, comunità locali, ecc.).

Come il principio vada tradotto in pratica non è detto. Lo Stato non è neppure nominato; eppure spetta allo Stato, non alle imprese, regolare l'uso del territorio, l'ambiente, i diritti dei lavoratori e dei consumatori.

Si è parlato di un cambiamento rivoluzionario, da parte delle imprese, rispetto al molto citato scritto del settembre 1970 di M. Friedman (un articolo del *New York Times*), per il quale la responsabilità sociale dell'impresa è di massimizzare il profitto, nel rispetto della legge e dei contratti. Ma la tesi di Friedman è più persuasiva: spetta alla legge porre limiti e regole alla libertà proprietaria, non ai proprietari medesimi.

Naturalmente, il problema diviene poi quello del contenuto di quei limiti e di quelle regole, e del principio-guida che li disciplina.

Il costituzionalismo sociale spezza la plurisecolare endiadi proprietà-libertà. La proprietà esce dall'elenco dei diritti fondamentali (nel quale era saldamente collocata nelle costituzioni ottocentesche).

3. *La proprietà o le proprietà?*

Dal punto di vista della teoria giuridica, la rottura di quella endiade è il presupposto della riproposizione, in termini aggiornati, di idee che ser-

ai *Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 76 ss.

¹⁴ Amplius in C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*², in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2019, pp. 47 ss.

peggiavano nella riflessione proprietaria del primo Novecento¹⁵: la pluralità dei tipi proprietari, da un lato, la ricostruzione delle categorie intorno al connotato dell'esclusività, dall'altro.

In Italia furono, com'è noto, S. Pugliatti nel 1953 e S. Rodotà nel 1962 a sviluppare la prima di queste idee alla luce del principio della funzione sociale. Tali autori segnalavano che bisogna parlare di proprietà al plurale non solo per la diversità dei regimi proprietari previsti a seconda dei beni disciplinati, ma soprattutto perché questa diversità deriva dal fatto che i beni appropriabili svolgono funzioni economiche e sociali profondamente diverse, a partire dalla distinzione tra mezzi di produzione (i «beni economici» di cui parla il co. 1 dell'art. 42 cost.) e beni personali.

Superamento dell'idea che la proprietà sia un diritto di libertà e teorie pluralistiche della proprietà sono concezioni tra loro connesse.

Ne danno una spiegazione filosofi importanti: J. Rawls sul piano della teoria della giustizia, L. Ferrajoli su quello della teoria generale del diritto.

Il primo¹⁶, nell'individuare i «principi di giustizia», afferma che per il «primo principio di giustizia» le libertà fondamentali che devono essere garantite in modo eguale a tutti comprendono la proprietà dei beni personali, non quella dei beni produttivi. Coerentemente, il «secondo principio di giustizia» (distributiva) lascia aperta la scelta tra proprietà capitalista e proprietà sociale: «I due principi di giustizia non risolvono da soli questo problema». La scelta tra modelli proprietari per i beni economici va effettuata, secondo Rawls, in base al «principio della differenza», cioè valutandone gli effetti sulle condizioni della «classe meno avvantaggiata».

Alle critiche e richieste di chiarimento che gli rivolge in proposito Herbert L.A. Hart, Rawls risponde tenendo il punto: va evitata «una concezione del diritto di proprietà quale diritto fondamentale» che comprenda «il diritto di possedere i mezzi di produzione e le risorse naturali»¹⁷.

Luigi Ferrajoli, a sua volta, ha svolto una critica concettuale importante all'identificazione di proprietà e libertà¹⁸.

Le origini del problema sono ricondotte alla concezione moderna del diritto soggettivo, nella quale sono confluite due tradizioni culturali a suo avviso molto diverse: le dottrine giusnaturalistiche della libertà e l'antica tradizione civilistico-romanistica della proprietà. Da questa impropria convergenza è nata l'equazione, nella figura del diritto soggettivo, tra proprietà

¹⁵ SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., pp. 57 ss.

¹⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1982, pp. 66 ss.

¹⁷ H. L. A. HART, J. RAWLS, *Le libertà fondamentali*, trad. it., Torino, 1994.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Roma-Bari, 2007, pp. 635 ss.

e libertà, entrambe ricondotte alla categoria del diritto fondamentale.

Si oscura però in tal modo, secondo Ferraioli, una differenza strutturale, concettuale, sussistente al di là di ogni giudizio di valore.

I caratteri propri dei diritti fondamentali (che sono universali, indisponibili, e hanno la loro base direttamente nella legge) non sono presenti nei diritti patrimoniali. Questi sono “singolari” (per ciascuno esiste un solo titolare, a esclusione di tutti gli altri), disponibili, hanno la loro base non direttamente nella legge, ma nei titoli previsti dalla legge (modi di acquisto della proprietà, ecc.).

Si può aggiungere, sul primo aspetto, qualche considerazione ulteriore, perché anche all'interno dei beni economici sembra necessario distinguere tra beni produttivi di valore per la società, e beni fonte di speculazione e rendita (finanziaria e fondiaria).

Per i primi l'innovazione necessaria non riguarda l'abolizione della proprietà privata, ma le forme di controllo politico e sociale, il «governo democratico dell'economia», per usare la formula del secolo scorso. Tra queste forme può rientrare, secondo l'art. 43 della Costituzione, l'attribuzione di determinate imprese a «comunità di lavoratori».

L'appropriazione privata dei secondi non regge invece alla verifica dell'efficienza economica e sociale.

L'eutanasia del *rentier*, di cui parlava Keynes, torna di attualità. Ma oggi il *rentier* si è trasformato nello spericolato speculatore finanziario che ha causato la crisi del 2007-8. Uno strumento esemplare sono i derivati creditizi. Oggi in questi prodotti finanziari è investita una ricchezza pari a 33 volte il pil mondiale, e la gran parte viene negoziata nei mercati OTC (over the counter), cioè al di fuori della regolamentazione dei mercati.

La soluzione del problema, tuttavia, è (sarebbe) semplice. La speculazione attraverso i derivati è potuta avvenire perché la legge ne ha affermato la validità giuridica (in Italia con il t.u. sull'intermediazione finanziaria). Basterebbe una norma che stabilisse invece la nullità delle scommesse finanziarie per eliminare una delle più rilevanti forme di proprietà speculativa (e uno dei più grandi rischi per la stabilità dei mercati), generalizzando ad esempio gli argomenti usati dalla sentenza delle sezioni unite della Cassazione (12 maggio 2020, n. 8770) che ha affermato la nullità dei derivati stipulati dagli enti locali.

Gli strumenti di contrasto della proprietà finanziaria sono del resto noti e discussi¹⁹, così come sono noti i vantaggi che ne trarrebbe l'“economia reale”.

¹⁹ V. per tutti S. BIASCO, *Regole, Stato, uguaglianza*, Roma, 2016.

Semplice sarebbe anche la soluzione per un'altra forma di proprietà che non produce valore sociale, ma una rendita dannosa per la collettività: la proprietà del diritto di costruire. Se il «diritto di superficie» fosse per legge attribuito alla collettività, come in progetti di legge predisposti in Italia negli anni '60 (e poi abbandonati per la reazione dei grandi proprietari fondiari), la connessa rendita fondiaria sarebbe drasticamente ridimensionata.

Si sono svolte queste brevi considerazioni perché la concezione delle proprietà non come figura unitaria, ma come formula che ricomprende tipologie giuridiche molto differenti, offre un punto di vista che consente di sfuggire all'alternativa tra conservazione e abolizione delle proprietà privata «in generale».

Quando invece torna in primo piano una figura generale e unitaria di proprietà, e scompare la clausola sociale, come nell'art. 17 della Carta dei diritti UE e nelle giurisprudenze ipergarantiste delle corti europee, la teoria giuridica è indotta a tornare a prospettare la antica nozione unitaria di proprietà²⁰.

4. *Dominio sulla cosa o potere di escludere?*

La seconda fallacia delle teorie giuridiche neoproprietarie è l'idea che ciò che caratterizza la proprietà sia il dominio di una persona su una cosa. Anche questa idea è un ritorno all'Ottocento. Se ne è già detto a proposito delle dottrine di Kelsen e di Hohfeld, che a loro volta riprendevano idee diffuse nei decenni precedenti.

Se si continua a usare la definizione tradizionale (quella del Code), dice Kelsen²¹, è per nascondere la funzione economico-sociale della proprietà (che consiste nel rapporto del proprietario con tutti gli altri, obbligati a rispettarne il potere), ponendo invece in rilievo il (preteso) carattere primario dell'attribuzione di un bene a un soggetto.

La teoria novecentesca della proprietà come relazione interpersonale, così come quella del «fascio di diritti», di per sé, non esprimono un criterio o un principio di regolazione della proprietà privata (come faranno poi le clausole costituzionali della funzione sociale). Indubbiamente, però, si «favoriva l'idea che la regolazione fosse giusta»²².

²⁰ V. infatti M. TRIMARCHI, *La proprietà*, Torino, 2014, p. 216.

²¹ V. sopra, n. 10.

²² S. BANNER, *American Property*, Cambridge (Mass.)-London, 2011, p. 104.

Si comprende quindi la reazione degli odierni teorici dei neoproprietarismo: la definizione della proprietà come relazione tra persone rispetto a una cosa (e non come diritto di una persona su una cosa) è criticata; si arriva a dire che nasce «sotto l'influenza di Marx»²³.

Chi sa se Holmes o Thon avevano letto Marx. Dal loro pensiero, in ogni caso, è evidente che erano molto lontani dall'averne subito l'influenza.

L'attribuzione a una persona del potere di escludere gli altri dal bene è in effetti il tratto che caratterizza fin dalle origini la proprietà dei moderni²⁴. Al tempo stesso, consente anche di prospettare la soluzione opposta: una proprietà comune, che garantisca a ciascun componente della collettività che non sarà escluso dall'uso o dalle utilità di una cosa o di una risorsa²⁵, e concorre così a dare un solido fondamento concettuale alle odierne teorie dei beni comuni.

In altre parole, non da regole "naturali", ma da decisioni politiche, tradotte in regole normative, deriva se su un bene si applichi l'uno o l'altro (o anche un altro ancora) dei potenziali criteri di esclusione (o di inclusione).

Pensiamo alla c.d. proprietà intellettuale. Qui certamente la categoria proprietaria non esprime il dominio su un bene, ma il potere di escluderne altri. La scelta del neoproprietarismo di equiparare pienamente la proprietà intellettuale, nella sua dimensione patrimoniale, alla proprietà su entità materiali (come quella compiuta dall'art. 17 Carta diritti fondamentali UE) è una scelta politica, in parte innovativa anche rispetto alla tradizione giuridica della proprietà dei moderni.

Le teorie giuridiche del neoproprietarismo, in conclusione, prospettano per più versanti un ritorno a quelle ottocentesche, riproducendone le fallacie. Né c'è da stupirsene: «ideologie e tecniche» vanno di pari passo, ed entrambe sono oggi inquadrate nell'individualismo possessivo della globalizzazione liberista.

²³ R. PIPES, *Property and Freedom*, New York, 1999, pp. XV s.

²⁴ Cfr. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., pp. 105 ss., e v. l'ampia trattazione di O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pp. 197 ss., 376 ss.

²⁵ C. B. MACPHERSON, *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, 1978, p. 5.

*Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e costo dei diritti**

SOMMARIO: 1. Espropriazione indiretta e diritto internazionale degli investimenti – 2. Alle origini della espropriazione indiretta: USA e Germania – 3. Dalla tutela del diritto di proprietà alla tutela del patrimonio – 4. L'esperienza italiana – 5. Fondamento e regole del principio della garanzia patrimoniale – 6. I problemi aperti: l'irrisolta configurazione giuridica e il *quantum* dell'indennizzo – 7. Costo dei diritti, conflitto di tutele e principi costituzionali – 8. Considerazioni conclusive: Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e clausola ISDS.

1. Espropriazione indiretta e diritto internazionale degli investimenti

Uno degli aspetti più controversi nei lavori preparatori in corso sul Trattato transatlantico tra USA e UE (TTIP) è costituito, com'è noto, dall'opportunità o meno di introdurre la clausola per la quale, quando l'investitore ritenga che un suo diritto sia stato leso da decisioni (legislative, amministrative o giudiziarie) di uno Stato, la controversia è affidata a una Corte arbitrale internazionale, e non alla giurisdizione statale (clausola ISDS).

Collegato a questo tema, anche se meno discusso, è, per le ragioni che vedremo, quello della figura della "espropriazione indiretta", e della sua differenza con il legittimo "diritto di regolamentare" degli Stati.

A partire dalla nazionalizzazione delle compagnie petrolifere USA decisa dal Messico nel 1936, e poi con l'ondata di nazionalizzazioni da parte dei paesi in via di sviluppo negli anni '70 del secolo scorso, si è affermato nel diritto internazionale il principio per il quale le nazionalizzazioni di beni stranieri sono legittime, se adottate secondo procedure legali non discriminatorie, che prevedano un'indennità "pronta, adeguata ed effettiva". Il principio è contenuto ormai in tutti i trattati bilaterali o multinazionali sul libero scambio e gli investimenti internazionali. Nel diritto internazionale consuetudinario, così come nei trattati, si è affermato altresì, in tempi più recenti, il principio per il quale la regola predetta si applica anche nel caso di "espropriazione indiretta".

Il problema più discusso e controverso riguarda la tipologia degli inter-

* Pubblicato in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, III, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 2228-2237.

venti pubblici ai quali applicare questa figura, e il criterio per distinguerla dal diritto degli Stati di regolare una determinata materia, senza dover corrispondere un'indennità. Il punto di partenza è l'idea che l'espropriazione sussiste anche quando una regolazione generale, o disposizioni specifiche previste da regole generali, riduce il valore dell'investimento pur senza sottrarre la titolarità del bene all'impresa.

La questione è resa molto rilevante (e costituisce uno dei temi più discussi¹ negli studi, sempre più diffusi, di «diritto internazionale degli investimenti»), dal fatto che i trattati comprendono ormai un novero ampio di materie, oltre quelle tradizionali delle tariffe e delle quote, regolando anche il diritto del lavoro, la protezione ambientale, il diritto d'autore, la disciplina delle imprese pubbliche.

Si comprende allora la preoccupazione di chi segnala il rischio che la nozione di espropriazione indiretta sia applicata a normative rivolte a proteggere l'ambiente, la salute e altri interessi pubblici, introdotte successivamente alla entrata in vigore del trattato, costringendo gli Stati a pagare in tal caso ingenti indennità, o inducendoli a rinunciare a introdurre tali normative.

I casi più noti riguardano l'azione avviata nel 2012 contro la Germania dall'impresa elettrica svedese Vattenfall per le conseguenze della decisione del governo tedesco di uscire dal nucleare (che si è conclusa recentemente con una transazione), quella della società petrolifera statunitense Lone Pine contro il governo canadese, sulla base del Nafta, per la moratoria decisa dallo Stato del Quebec sulle operazioni di *shale fracking*, e la causa promossa dalla Philip Morris contro l'Australia per le restrizioni nella promozione della vendita di sigarette introdotte nel 2012.

Le opinioni degli studiosi, le decisioni delle corti nazionali o internazionali, i testi dei trattati stipulati in questi anni recepiscono generalmente il criterio dell'espropriazione indiretta, ma differiscono circa i criteri da adottare per distinguerle da regole giuridiche che, pur diminuendo il valore economico dell'investimento, non danno diritto all'indennità.

Si è parlato di una nozione “nebulosa”, e per questo in alcuni recenti trattati si sono introdotte clausole che esplicitano il contenuto della figura².

La più recente formulazione è quella contenuta nel testo della proposta di trattato tra Unione europea e Canada (CETA), resa nota dalla UE il 26 settembre 2014. L'annesso X.11 prevede che «una espropriazione indiretta risulta da una misura o da una serie di misure prese da una Parte e avente

¹ S.H. NIKIÈMA, *L'expropriation indirect en droit international des investissements*, Paris, 2012.

² Vedine una rassegna in NIKIÈMA, *L'expropriation indirect*, cit., pp. 68 ss.

un effetto equivalente a quello di un'espropriazione diretta, nel senso che priva in modo sostanziale l'investitore dei diritti fondamentali di proprietà connessi con il suo investimento, compreso il diritto di usare, godere e disporre del suo investimento, anche senza trasferimento della titolarità né acquisizione definitiva. Resta inteso che salvo rari casi, per esempio quando la misura o la serie di misure è così rigorosa nei confronti del suo oggetto che essa appaia manifestamente eccessiva, le misure non discriminatorie di una Parte che sono concepite e applicate con uno scopo legittimo di protezione del benessere pubblico, per esempio in materia di salute, di sicurezza e di ambiente, non costituiscono una espropriazione indiretta». Com'è stato notato³, il tentativo di precisazione del concetto è innovativo e importante, ma lascia ancora ai giudici un troppo ampio margine di interpretazione.

Una normativa sull'espropriazione indiretta sarà contenuta nel TTIP, ma non è nota la formulazione.

2. Alle origini della espropriazione indiretta: USA e Germania

La figura dell'espropriazione indiretta è opera della giurisprudenza e precede di un secolo la sua introduzione nel diritto internazionale. Nasce negli USA alla fine dell'800, nel diritto europeo nella Germania di Weimar.

La clausola del *due process of law*, contenuta nel V emendamento, estesa agli Stati nel 1868 dal XIV emendamento, per il caso di privazione (*deprive*) della vita, libertà o proprietà fu utilizzata per una nuova interpretazione della *taking clause*. Questa, prevista anch'essa dal V emendamento, stabilisce che la proprietà privata non può essere espropriata (*taken*), senza una giusta compensazione.

La Corte Suprema, negli ultimi anni dell'800, affermò che la giusta compensazione è richiesta non solo in caso di sottrazione della titolarità del bene, come si era fino allora ritenuto (secondo la formula «*no taking without touching*»), ma anche quando la regolazione sia andata «*too far*», secondo la formulazione usata dal giudice O.W. Holmes nel 1922.

Ma quando la normativa è andata «*too far*», determinando così una «*de facto taking*», e quando invece rientra nel potere politico di regolare il contenuto della proprietà? A questa domanda da oltre un secolo non c'è

³ E. FABRY-G. GARBASSO, *ISDS dans le Ttip: le diable se cache dans les détails*, in *Notre Europe*, 2, 2015, pp. 19 s.

una risposta chiara e univoca nel diritto USA⁴.

In realtà, come notò J. Commons⁵, la nuova giurisprudenza della Corte Suprema si basava, e comunque comportava, una trasformazione del concetto stesso di proprietà, non più fondata sul valore d'uso, ma su quello di scambio. A essere protetto, insomma, non era il contenuto giuridico del diritto, ma il valore di mercato del bene.

Commons aveva colto un punto centrale, che fu del resto segnalato anche dalla dottrina tedesca degli anni '20 del secolo scorso.

Nel diritto europeo continentale, la figura dell'espropriazione indiretta fu in effetti introdotta dal Tribunale del Reich, attraverso una interpretazione creativa dell'art. 153 Cost. di Weimar. Questa norma si limitava a riprodurre la regola tradizionale (a partire dall'art. 17 della Dichiarazione dei diritti del 1789): l'espropriazione può avvenire se prevista da una legge nell'interesse pubblico, e deve essere corrisposto un congruo indennizzo.

La giurisprudenza interpretò la norma nel senso di considerare come espropriativi anche i limiti di diritto pubblico che determinano una "diminuzione della sostanza" della proprietà, quale stabilita dalla tradizione giuridica, oppure intesa dalla coscienza sociale, ovvero ancora in quanto avente carattere "singolare", e quindi tale da addossare pesi diseguali ai differenti proprietari.

È interessante notare che il fondamento normativo e teorico di questa costruzione fu individuato dal suo più autorevole sostenitore⁶ sulla base dell'idea che la nozione costituzionale di proprietà sia differente da quella civilistica.

La proprietà cui si riferisce l'art. 153, scrisse Wolff, non è la stessa definita del § 903 BGB, perché comprende tutti i diritti soggettivi individuali di valore patrimoniale, ed è a questo valore patrimoniale che va applicata la nozione di espropriazione.

⁴ Cfr. in tal senso A. DE VITA, *Attualità e vicende della questione proprietaria*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, pp. 389 ss.; S. BANNER, *American Property*, Cambridge (Mass.)-London, 2011, pp. 267 ss.

⁵ J.R. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, 1924, pp. 11 ss. (trad. it., *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981, pp. 49 ss.).

⁶ M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe für W. Kahl*, Berlin, 1923, pp. 3 ss.

3. *Dalla tutela del diritto di proprietà alla tutela del patrimonio*

Come aveva già osservato Commons con riferimento al diritto USA, quindi, la teoria dell'espropriazione indiretta o sostanziale presuppone una garanzia costituzionale del patrimonio privato, autonoma rispetto alla nozione civilistica di proprietà come diritto soggettivo di godere e disporre di un bene.

Il punto è di particolare rilievo anzitutto perché delinea una differenza strutturale tra la protezione costituzionale della proprietà e quella dei diritti di libertà. Per i secondi, infatti, se la garanzia è violata, la regola lesiva è illegittima, e va espunta dall'ordinamento. Per la proprietà, invece, la limitazione non è illegittima, purché preveda un'adeguata compensazione monetaria per il titolare. Non si garantisce insomma il contenuto giuridico di un diritto, ma un valore economico-patrimoniale.

La seconda considerazione che può essere tratta della creazione giurisprudenziale della "espropriazione indiretta" negli USA e in Germania riguarda il contesto storico-sociale.

In entrambi i casi, spinte anti proprietarie, o più esattamente indirizzate a limitazioni particolarmente rilevanti della proprietà, erano presenti nell'opinione pubblica e negli orientamenti delle assemblee rappresentative, particolarmente negli Stati USA (è il periodo del populismo) e nei Laender tedeschi (alcuni dei quali erano governati dalla sinistra).

La questione della garanzia costituzionale della proprietà era insomma, in entrambe le esperienze, un tema esplicitamente "politico" (come lo sarà per la riforma dei suoli in Italia negli anni '60 del secolo scorso, quando anche da noi la Corte costituzionale introdusse la figura dell'espropriazione sostanziale).

Negli USA della fine dell'800 si era diffuso nelle classi dirigenti il timore che la nazione stesse scivolando nel socialismo. Era un timore talvolta esplicitato dai giudici⁷, che indusse ad es. W.H. Taft (allora giudice federale, poi eletto presidente nel 1909) a sottolineare la necessità che il potere giudiziario vigilasse nella protezione del diritto di proprietà, che «*is not now as highly regarded as formerly*»⁸.

Il Tribunale del Reich, a sua volta, fu uno dei bastioni della reazione antidemocratica che segnò la breve e infelice vita della Repubblica di Weimar.

⁷ Cfr. BANNER, *American Property*, cit., pp. 69 ss.

⁸ W.H. TAFT, *The Right of Private Property*, in *Michigan Law Journal*, 3, 1894, p. 219.

La teoria della espropriazione sostanziale fu contestata da sinistra⁹, ma anche, per così dire, da destra, come nello studio di C. Schmitt¹⁰, che vedeva in essa un residuo dello Stato liberale di diritto, rispetto ai nuovi compiti redistributivi dello Stato, responsabile del benessere delle masse.

4. *L'esperienza italiana*

Come è noto, la figura dell'espropriazione indiretta fu introdotta anche in Italia negli anni '60, con la sent. n. 55/1968 (anch'essa molto controversa)¹¹.

Com'è noto, con quella sentenza la Consulta abbandonò la propria precedente giurisprudenza, per la quale «espropriare significa trasferire autoritativamente un bene da un soggetto a un altro» (Corte cost. n. 118/1957, n. 46/1959), per introdurre il principio per il quale per espropriazione deve intendersi anche ogni norma o provvedimento che riduca il contenuto del diritto di proprietà al di sotto di una certa soglia. Anche per i giudici italiani, la «limitazione sostanzialmente espropriativa» è legittima, purché sia accompagnata dalla corresponsione di un'indennità.

E anche i giudici italiani si sono trovati davanti al problema del criterio per stabilire la soglia, oltre la quale la limitazione diventa espropriazione. Quel criterio non è stato mai chiaramente individuato, oscillandosi tra l'affermazione che il legislatore non può «incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto» (Corte cost. n. 153/1977, in tema di contratti agrari) e il rilievo dato alla disparità tra il proprietario il cui fondo sia stato vincolato e gli altri proprietari di fondi aventi analoghe caratteristiche (Corte cost. n. 5/1980, n. 92/1982, in materia urbanistica).

I due criteri erano stati adottati congiuntamente nella “sentenza madre” (n. 55/1968): «le imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga ad incidere sul bene oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico» dalla “coscienza sociale”.

⁹ Il giurista socialdemocratico Otto Kirchheimer vi dedicò una monografia critica: O. KIRCHHEIMER, *Die Grenzen der Enteignung*, Berlin-Leipzig, 1930.

¹⁰ C. SCHMITT, *Die Auflösung des Enteignungsbegriffs*, in *Jur. Woch.*, 1929, pp. 495 ss., ora in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1973, pp. 11 ss.

¹¹ V. le coeve critiche di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1977, pp. 497 ss.; e di S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, ora in *Il terribile diritto*³, Bologna, 2013, pp. 273 ss.

Il richiamo alla “coscienza sociale” (e quindi all’opinione dei giudici) è significativo. Nessun contenuto “connaturale” può essere infatti desunto dalla categoria giuridica di proprietà. La si costruisca quale somma o sintesi di facoltà, salvo quelle specificatamente sottratte da una norma, come dai pandettisti, ovvero quale pienezza dei poteri entro i limiti dell’ordinamento, come nella definizione del Codice civile, ovvero ancora quale situazione soggettiva conformata dalla legge, secondo la dottrina più attenta al dato costituzionale, non è comunque possibile individuare un nucleo intimo di poteri, del quale si possa affermare la coesistenzialità alla sostanza o alla natura del diritto di proprietà¹².

Ma, come si è detto, nella logica della “espropriazione indiretta” ciò che conta non è la proprietà come diritto (come poteri di godimento e disposizione del bene e correlati obblighi: art. 832 c.c.), ma, come già avevano colto Commons e Wolff¹³, la proprietà come valore economico per il privato.

5. *Fondamento e regole del principio della garanzia patrimoniale*

Il fondamento normativo della figura non può quindi essere rinvenuto nella garanzia del diritto, ma in quella del patrimonio, e quindi supponendo la vigenza di un principio che garantisca il privato nei confronti di conseguenze economiche negative prodotte da decisioni dei pubblici poteri.

Portato alle estreme conseguenze, il principio dovrebbe condurre ad argomentare l’illegittimità di ogni intervento pubblico che determini un mutamento della posizione economica del proprietario¹⁴. Oppure, sul versante opposto, a comprendere nella tutela i diritti sociali (almeno quelli “quesiti”, si direbbe oggi), secondo la logica della “nuova proprietà” di cui parlava Reich¹⁵, e che non è priva di precedenti giurisprudenziali nell’“età dell’oro”¹⁶.

Si tratta del resto di un problema, o di un principio, discusso nella

¹² *Amplius* in C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, pp. 17 ss.

¹³ V. sopra, note 5 e 6.

¹⁴ È la tesi di R.A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge (Mass.)-London, 1985.

¹⁵ C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73, 1964, pp. 733 ss.

¹⁶ Cfr. A. VON BRÜNNECK, *Die Eigentums garantie des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1984, pp. 27 ss.; BANNER, *American Property*, cit., pp. 220 ss.

fase di passaggio dall'*Ancien Régime* al diritto moderno al tempo dell'abolizione delle prerogative e dei privilegi feudali (e prima ancora per l'*Act of Dissolution* del 1536, che trasferiva alla Corona inglese la proprietà dei monasteri)¹⁷. La controversia, sopita nell'era del predominio della borghesia, è riemersa nel secolo scorso a seguito del moltiplicarsi dell'intervento pubblico dell'economia.

Oggi, il principio di garanzia patrimoniale quale elaborato dalle Corti nazionali e sovranazionali si esprime in due regole. Anzitutto, quella che riferisce la garanzia a una nozione "ampia" di proprietà. Come dice ad es. la giurisprudenza CEDU, la garanzia riguarda ogni situazione nella quale l'attore abbia «una speranza legittima, legata a interessi patrimoniali, sufficientemente importante da costituire un interesse sostanziale», che deve considerarsi protetto dalla norma della Convenzione sulla tutela della proprietà¹⁸.

In secondo luogo, si afferma, quando l'intervento restrittivo sia andato «*too far*», l'obbligo del pubblico potere di versare un indennizzo, che deve corrispondere in linea di principio al valore di mercato del bene, e quindi alla diminuzione patrimoniale subita dall'attore.

L'espropriazione indiretta è la figura che sintetizza queste due regole. La proprietà è garantita non come diritto di libertà (nonostante la formulazione dell'art. 17 della Carta dei diritti UE), ma come valore economico-patrimoniale.

Si può dire, usando la terminologia dei civilisti, che per i diritti di libertà la tutela è reale (il contenuto del diritto va ripristinato, il risarcimento è irrilevante o secondario), per la proprietà la tutela è risarcitoria (il contenuto del diritto può essere ristretto, purché il titolare riceve una somma corrispondente alla diminuzione patrimoniale da lui subita).

Del resto, era questo uno degli argomenti addotti dalla Vattenfall nella ricordata causa promossa nel 2012 contro la Germania per la chiusura dei suoi due impianti nucleari: noi non chiediamo di cambiare la legge tedesca e quindi la riapertura delle centrali, chiediamo una compensazione monetaria (4,7 miliardi di euro, per l'esattezza).

¹⁷ Riferimenti in SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, cit., pp. 21 s.

¹⁸ Da ult., con riepilogo dei principi della giurisprudenza della Corte, CEDU, 23 settembre 2014, Valle Pierimpié c. Italia.

6. *I problemi aperti: l'irrisolta configurazione giuridica e il quantum dell'indennizzo*

Il fondamento normativo della figura non è qui in discussione, ancorché si tratti di una creazione giurisprudenziale molto lontana dal tenore delle norme applicate (ad es. l'art. 42 Cost. o l'art. 1, 1° prot., CEDU).

Ma ancora oggi l'espropriazione indiretta presenta due aspetti problematici: come distinguerla dalle ipotesi in cui invece il limite normativo non dà luogo a compensazione? E come quantificare la somma dovuta a titolo di indennità per le ipotesi in cui la regolamentazione venga ricondotta all'espropriazione indiretta?

Quanto al primo aspetto, nonostante le pluridecennali elaborazioni degli studiosi e dei giudici e alcune formulazioni normative, è diffuso il rilievo che la distinzione tra espropriazione indiretta e "diritto di regolamentare" non è affatto chiara e inequivoca¹⁹.

Non meno rilevante è il problema dei criteri per determinare la misura della compensazione. Si confrontino le differenti posizioni al riguardo della giurisprudenza CEDU e della Corte costituzionale italiana. Per la prima, il principio del «ragionevole legame con il valore venale del bene» deve di regola tradursi nell'«indennizzo integrale», cioè nella determinazione di una somma corrispondente alla diminuzione patrimoniale subita dall'attore in conseguenza dell'intervento regolatore²⁰.

Diverso è il ragionamento della Corte costituzionale (sent. n. 348/2007, relatore Silvestri). La sentenza afferma che il criterio adottato dall'art. 5-*bis* del d.l. n. 333/1992 (che comportava un indennizzo corrispondente di fatto a circa il 20% del valore di mercato del bene espropriato) deve ritenersi costituzionalmente illegittimo, in rapporto sia con i parametri CEDU sia con il criterio del «serio ristoro» richiesto tradizionalmente dalla giurisprudenza della Consulta. Ma aggiunge che «il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene». E ciò alla luce del principio della funzione sociale della proprietà. Questo principio, prosegue la sentenza, deve essere posto «in stretta relazio-

¹⁹ Questo giudizio è condiviso da tutti gli autori che hanno esaminato il tema: v., per il diritto USA, DE VITA, *Attualità e vicende della questione proprietaria*, cit., pp. 989 ss.; BANNER, *American Property*, cit., pp. 47 ss.; per il diritto internazionale, FABRY - GARBASSO, *ISDS dans le Triip: le diable se cache dans les détails*, cit., pp. 17 ss.; e già lo studio dell'OCSE, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in *International Investment Law*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04; per il diritto italiano da ult. la nota di R. PARDOLESI a Cass. 16 maggio 2014, n. 10785, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 3159 s.

²⁰ Da ultima la sentenza CEDU cit. sopra, nota 18.

ne all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale». E livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione «potrebbero pregiudicare la tutela effettiva dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, tra gli altri)», e rendere «impossibili o troppo onerosi» interventi volti a realizzare «migliori condizioni di giustizia sociale».

Gli argomenti usati dalla Corte per negare che la Costituzione imponga di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato, essendo sufficiente un "ragionevole legame" con quel valore, sono di particolare rilievo per due ragioni.

In primo luogo, la Consulta li fonda su norme costituzionali (la funzione sociale *ex art. 42*, i doveri di solidarietà *ex art. 2*) che non sono contenute nel diritto sovranazionale (ad es. nella CEDU o nella Carta dei diritti UE), anche se la tesi dell'esistenza di un principio di diminuzione dell'indennità, alla luce degli interessi e valori tutelati dalla regolazione paraespropriativa, è stata sostenuta da studiosi di diritto internazionale²¹.

In secondo luogo, viene affrontato un tema solitamente trascurato: quello delle interrelazioni nella tutela dei diritti. Come ha scritto Luciani²², «nessun ampliamento del catalogo dei diritti è senza costo, ... soprattutto perché quel nuovo diritto altera la posizione relativa dei diritti preesistenti, spostando i termini del bilanciamento al quale sono destinati in caso di conflitto con altri diritti o valori concorrenti».

Quanto affermato da Luciani con riferimento alla c.d. tutela multi-livello vale a maggior ragione se esaminato alla luce del tema (anch'esso poco approfondito) del costo della protezione dei diritti. Volendo sintetizzare quanto dice la Consulta, quanto più lo Stato spende per tutelare la proprietà, tanto meno risorse avrà a disposizione per la protezione di altri diritti e per finalità di giustizia sociale.

7. Costo dei diritti, conflitto di tutele e principi costituzionali

Quando lo Stato tutela un diritto, ciò ha sempre un costo²³: anche la

²¹ V. in part. L. LIBERTI, *Investissements et droit de l'Homme*, in Ph. KANN-T.W. WÄLDE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden-Boston, 2007, pp. 791 ss.

²² M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 17/2014, pp. 21 s.

²³ Cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti* (1999), trad. it., Bologna, 2000.

tutela della proprietà privata richiede un apparato (tribunali, polizia, vigili del fuoco, ecc.), oltre che risorse finanziarie per il caso di esproprio, il cui costo ricade sulla collettività. Il “guardiano notturno”, alla cui funzione dovevano limitarsi i compiti dello Stato nella concezione liberale, deve essere stipendiato. Se ne parla, in tempi di crisi, per i diritti sociali, ma il problema è concettualmente lo stesso: ed è quello della compatibilità con la finanza pubblica del livello di protezione accordato ai diritti, e della scelta tra il grado di protezione da assicurare ai diversi diritti, perché quando alcuni vengono pienamente tutelati, altri devono essere compressi o vanificati, dal momento che le risorse disponibili sono limitate.

Si pone quindi un problema di principi generali da applicarsi, per risolvere il conflitto; e non è un problema astratto, tant'è vero che in questi anni se ne sono dovuti occupare le Corti costituzionali di diversi paesi sottoposti a regime di austerità, tra le quali quella italiana. Fino a che punto i vincoli di bilancio possono comprimere la tutela dei diritti sociali?

Le politiche di riduzione della spesa pubblica e l'abbandono del principio dell'imposizione progressiva hanno già ridotto l'effettività dei diritti sociali.

L'introduzione nella Carta fondamentale del principio del pareggio di bilancio e dei vincoli imposti dalla normativa europea potrebbe formalizzare un nuovo parametro di valutazione del rapporto tra tutela dei diritti sociali e costi pubblici: in tanto i diritti possono essere garantiti, in quanto il costo della protezione non alteri l'«equilibrio tra le entrate e le spese» del bilancio dello Stato.

Si segnala criticamente che per tale via l'effettività della tutela dei diritti sociali evapora e quindi «le finalità dello Stato sociale diventano irrealizzabili dal punto di vista dell'attuazione legislativa, a poco (o perfino nulla) potendo, in senso contrario, le garanzie assicurate dalla stessa protezione giurisdizionale»²⁴.

Ha osservato in proposito F. Gallo²⁵ che «la tutela dei diritti civili e sociali essenziali ... riguarda principi supremi del nostro ordinamento, difficilmente superabili sia da altri principi della stessa Costituzione italiana (stabiliti dall'attuale art. 81), sia da altre norme di provenienza UE».

È il tema dei contro limiti²⁶, e comunque della necessità di bilanciare i principi del diritto dell'Unione e i principi della Costituzione nazionale (come affermato dalla Corte costituzionale portoghese con la decisione n. 187/2013).

²⁴ S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo*, in *Astrid Rassegna*, 5/2015, p. 4.

²⁵ F. GALLO, *Federalismo fiscale e vincolo del pareggio di bilancio*, *ivi*, 2015, pp. 5 s.

²⁶ Sul principio sociale come “contro limite” del diritto europeo mi sono soffermato in SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 225 ss.

In ogni caso, e per tornare al nostro tema, non si vede perché il problema della compatibilità della tutela con l'equilibrio di bilancio debba porsi solo per i diritti sociali e non anche per quelli patrimoniali, e in particolare per la rendita fondiaria che sarebbe pienamente garantita se si affermasse il principio dell'indennizzo integrale per le espropriazioni dirette e indirette. La sent. n. 348/2007 della Corte costituzionale, come si è visto, ha affermato che quel principio non ha fondamento costituzionale, anche per la ragione che una tutela compensatoria integrale dei diritti patrimoniali determinerebbe una riduzione degli strumenti, anche finanziari, disponibili per la protezione dei diritti sociali costituzionalmente garantiti.

8. *Considerazioni conclusive: Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e clausola ISDS*

Queste considerazioni consentono di tornare al tema dell'espropriazione indiretta nel Trattato transatlantico, per alcuni rilievi conclusivi.

In primo luogo, si conferma il dubbio, già sollevato nel dibattito pubblico, circa l'introduzione nel Trattato di una clausola di protezione degli investimenti che contenga la nozione di espropriazione indiretta.

In secondo luogo, qualora la si ritenga invece indispensabile, è necessaria una chiara e precisa definizione normativa della figura, onde evitare eccessivi margini di discrezionalità applicativa, rispetto a quella contenuta nella proposta di Trattato con il Canada, prima riportata.

Infine, le ragioni che spingono ad escludere la clausola ISDS. Gli argomenti in tal senso sono noti. Le giurisdizioni nazionali europee assicurano adeguate garanzie di imparzialità e correttezza. Il procedimento arbitrale internazionale, d'altra parte, non è pubblico, non prevede appello, il suo costo comporta che in pratica solo grandi imprese possono esercitare l'azione, ecc.

Si è osservato anche che la previsione della clausola comporterebbe una nuova cessione di sovranità, questa volta non dagli Stati nazionali alla UE, ma dallo stesso diritto europeo verso «*a global corporate super-constitution, enforced by corporate Courts*». Colin Crouch ha parlato di «postdemocrazia nella sua più pura forma»; anzi, ha aggiunto, «*this is not so much post-democracy, as post-law*»²⁷.

È bene che la competenza resti alle giurisdizioni nazionali anche per

²⁷ C. CROUCH, *Democracy at a TTIP'ing point*, in *Juncture*, 21.3, 2014.

un altro motivo. Queste sono chiamate ad applicare principi costituzionali come quelli ribaditi dalla Consulta nella sent. n. 348/2007, ma presenti anche nelle Costituzioni e nelle giurisprudenze di altri paesi europei, i quali ridimensionano il primato della proprietà e dei valori di mercato, che caratterizza l'odierno diritto sovranazionale²⁸.

In definitiva, se il Trattato è utile, come si sostiene, alla crescita economica, occorre anche evitare che siano introdotti strumenti giuridici, peraltro nemmeno necessari anche secondo molti sostenitori del TTIP, che comportino una nuova affermazione del primato dell'economia sulle ragioni del diritto e della democrazia.

²⁸ Cfr. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., pp. 76 ss.

*Urbanistica contrattata, funzione sociale e “diritti edificatori”**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il bilanciamento tra interessi proprietari e funzione sociale nella giurisprudenza costituzionale – 3. Nozione costituzionale e nozione civilistica di proprietà – 4. Il diritto europeo e l’espansione della tutela proprietaria – 5. Disciplina della proprietà e “ordinamento civile” nell’art. 117 Cost. – 6. I “diritti edificatori”: premessa metodologica – 7. I “diritti edificatori” autopoietici dopo il decreto 70/2011 – 8. I “diritti edificatori” come situazione di aspettativa – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

Paolo Urbani nel suo nuovo libro affronta le questioni principali che riguardano la disciplina urbanistica in Italia, e in particolare il nodo del rapporto tra tutela della proprietà e tutela degli interessi pubblici. Urbani parla nell’introduzione di un proposito più modesto, quello di concentrarsi sui temi del governo locale. In realtà partendo da tale angolo visuale il libro adotta una prospettiva più ampia e affronta nodi ancora irrisolti da diversi decenni, e in particolare la questione aperta dalla vicenda che vide come protagonisti la Corte costituzionale e il legislatore oltre 30 anni fa: come conciliare, da un lato, il principio di legalità e l’esigenza di assicurare per quanto possibile parità di trattamento tra i proprietari fondiari, e, dall’altro, il principio della funzione sociale, che richiede che l’utilizzazione del suolo avvenga secondo criteri di razionalità e di equità sociale, assicurando la protezione anche degli interessi non proprietari. Una questione ancora aperta: e infatti, dice il sottotitolo del libro, Urbani è “alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici”.

Si avverte, nel rigore giuridico e concettuale e nell’attenzione al tempo stesso ai dati reali del problema, e anche nell’impegno civile dello studioso, la lezione di Massimo Severo Giannini.

Per il civilista emergono due temi, peraltro collegati: la teoria giuridica e anzi la nozione stessa di proprietà privata nel nostro ordinamento giuridico; e la questione dei “diritti edificatori” svincolati dal radicamento su un immobile, emersi nel diritto amministrativo locale e ora in qualche modo (poco chiaro, come vedremo) richiamati dalla legislazione statale attraverso la modifica della disciplina civilistica della trascrizione.

* Pubblicato in P. URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 7-19.

2. Il bilanciamento tra interessi proprietari e funzione sociale nella giurisprudenza costituzionale

Quanto al primo tema, è noto che tra il 1968 e il 1980 si aprì (e si chiuse) la questione dell'inerenza o meno dello *jus aedificandi* al diritto di proprietà fondiaria. Con le sentenze nn. 55 e 56 del 1968 la Corte costituzionale disse, tra l'altro, che a tal fine era necessario distinguere anzitutto a seconda della categoria nella quale inserire l'immobile considerato. E che alla luce della normativa vigente, ma anche della "coscienza sociale", lo *jus aedificandi* doveva ritenersi connaturato al diritto di proprietà per gli immobili urbani; non invece per quelli rientranti tra le "bellezze naturali". La conseguenza che ne trasse fu che il vincolo di inedificabilità era legittimo in entrambi i casi; ma nel primo solo se ad esso si fosse accompagnato un indennizzo per il proprietario del bene vincolato.

Veniva introdotta così nell'ordinamento in via pretoria un'innovazione di grande portata: la figura delle limitazioni sostanzialmente espropriative, successivamente divenuta la pietra angolare della normativa urbanistica. Certo, nel ragionamento della Consulta emergeva il rilievo del principio di eguaglianza, sotto il profilo della forte disparità di trattamento che altrimenti si sarebbe verificata fra proprietà "eguali", magari contigue, per effetto delle decisioni della pianificazione urbanistica, che attribuisse all'una, e negasse all'altra, il diritto di costruire. Ma, tra le possibili soluzioni a tale profilo, di indubbia rilevanza costituzionale, quella allora adottata dalla Corte non era l'unica possibile. Tanto è vero che la tematica della "urbanistica perequativa" è ancora aperta: già analizzata da Urbani nel suo libro sulla Urbanistica consensuale, costituisce ora il tema del IV Capitolo del libro, oggetto del nostro incontro. È ancora aperto, in effetti, il problema degli strumenti tali da consentire, al tempo stesso, una disciplina dell'uso delle aree urbane socialmente sostenibile, e la parità di trattamento tra i proprietari.

Com'è noto, il dibattito che si aprì dopo le sentenze del 1968 riguardò la possibilità, che si ritenne lasciata aperta dalla Consulta, di sottrarre con una norma generale lo *jus aedificandi* dal contenuto della proprietà immobiliare. L'esito ambiguo e modesto fu la legge Bucalossi del 1977, di fronte alla quale la Corte costituzionale ebbe buon gioco (sent. 5/1980) ad affermare che la nuova normativa manteneva pur sempre lo *jus aedificandi* nell'ambito del contenuto della proprietà, con tutte le conseguenze circa l'obbligo di indennizzo in caso di limitazioni "sostanzialmente" espropriative.

La giurisprudenza costituzionale ha tuttavia bilanciato, fino a tempi recentissimi (sent. 348/2007), il principio della limitazione sostanzial-

mente espropriativa con quello che consente che l'indennizzo sia inferiore al valore venale della perdita subita dal proprietario per effetto del limite, essendo sufficiente che costituisca un “serio ristoro”. È ciò in considerazioni del principio della funzione sociale, che impone di tener conto anche di interessi “altri” rispetto a quelli proprietari. Tale bilanciamento oggi è messo in discussione sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Tornerò più avanti su tale rilevante profilo.

3. Nozione costituzionale e nozione civilistica di proprietà

Vorrei ora sottolineare un dato non sempre preso in adeguata considerazione, e tuttavia rilevante non solo sul piano teorico, ma anche su quello operativo: la separazione fra una nozione costituzionale e una civilistica di proprietà. In breve: alla luce della giurisprudenza costituzionale (e della successiva evoluzione normativa), la nozione civilistica non cambia, e il vincolo di inedificabilità rientra nei limiti dell'art. 832, e nel concetto di proprietà conformata derivante dal principio della funzione sociale; ma il valore patrimoniale della edificabilità viene costituzionalmente protetto attraverso la previsione del diritto all'indennità.

Va notato anzitutto che dal punto di vista civilistico non ha senso porre il tema di un contenuto “minimo” del diritto di proprietà. E ciò anche a prescindere dall'incidenza del principio costituzionale della funzione sociale. È dalla seconda metà dell'800, in particolare ad opera dei pandettisti, che si evidenzia come il limite sia strutturalmente connesso al diritto soggettivo di proprietà. Per definire la dialettica tra diritto e restrizioni si adottò la nozione di elasticità del dominio: che elimina la possibilità stessa di individuare un contenuto minimo (si pensi alla posizione del proprietario di un bene sottoposto ad usufrutto). E si chiarì anche che, da questo punto di vista, non ha rilevanza la distinzione fra limiti nell'interesse privato o nell'interesse pubblico.

Sotto il profilo della garanzia costituzionale, di converso, ciò che rileva è un aspetto del tutto diverso: l'entità della perdita subita dal proprietario con riferimento al valore che il bene avrebbe, in assenza dell'intervento restrittivo. Siamo più vicini alla nozione di danno patrimoniale nella responsabilità civile, che a quella di contenuto del diritto di proprietà.

4. *Il diritto europeo e l'espansione della tutela proprietaria*

Entrambi i profili in precedenza segnalati (la divaricazione tra le categorie civilistiche e quelle costituzionali e il criterio per la misura dell'indennità) hanno subito cambiamenti per effetto del diritto europeo. Quanto al primo, la giurisprudenza CEDU afferma che la garanzia della proprietà, di cui all'art. 1 del primo protocollo, deve essere intesa con riferimento a qualsivoglia bene giuridico avente rilevanza economica.

Il bene protetto dall'art. 1 del Primo protocollo, insomma, non è l'oggetto del diritto di proprietà, ma "l'insieme degli interessi derivanti da rapporti a contenuto economico" (compresi crediti, clientela, ecc.), e i "valori patrimoniali", rispetto ai quali l'attore può pretendere di avere almeno una "speranza legittima e ragionevole" di ottenere il godimento di un diritto di proprietà.

Il secondo dato è che la considerazione della funzione sociale è divenuta sempre più evanescente: l'art. 17 della Carta dei diritti UE torna a collocare la proprietà fra i diritti umani fondamentali, e la giurisprudenza CEDU, nella stessa logica, afferma che in linea di principio – in caso di espropriazione o di limite sostanziale – l'indennità deve corrispondere alla perdita patrimoniale subita dal titolare del diritto. Come si sa, si sono adeguati prima la Consulta (con qualche dubbio nella sent. 348/2007, senza incertezze nella sent. 181/2011), poi il legislatore (con il nuovo testo dell'art. 37 t.u. espropriazioni, per il quale "l'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del 25 per cento").

Al riguardo può porsi un quesito: una nuova legislazione urbanistica (come quella auspicata da Paolo Urbani nella parte conclusiva del suo libro) rientrerebbe tra le "riforme" che secondo la CEDU (e il legislatore italiano) consentono un'indennità inferiore al valore venale?

In assenza di un'adeguata riforma, in effetti, la praticabilità di un'urbanistica "sostenibile" appare ancora più difficile che in passato. Il bilanciamento tra interessi proprietari (attraverso l'indennizzabilità dei limiti) e interessi non proprietari (attraverso il criterio restrittivo del "serio ristoro" per il *quantum*), al quale – come si è visto – era ispirata la giurisprudenza costituzionale, è messo in discussione dal recepimento della giurisprudenza Cedu; e nelle attuali condizioni della finanza pubblica locale lo spazio per l'attuazione, nella disciplina urbanistica, del principio della funzione sociale diviene ancora più evanescente.

5. *Disciplina della proprietà e “ordinamento civile” nell’art. 117 Cost.*

La molteplicità di livelli, nei quali si articola oggi il discorso anche concettuale sulla proprietà privata, è ulteriormente complicata dal nuovo testo dell’art. 117 della Costituzione, che riserva alla legislazione statale la disciplina dell’ordinamento civile. Secondo la Corte costituzionale ciò significa che il potere legislativo regionale non può disciplinare “ i profili civilistici dei rapporti da cui derivano” i diritti soggettivi, tra i quali “i limiti del diritto di proprietà connessi ai rapporti di vicinato”, ma che tale preclusione non concerne la conformazione del contenuto dei diritti di proprietà.

Tale criterio – già presente nella giurisprudenza precedente la riforma dell’art. 117 – accentua l’antica distinzione tra limiti nell’interesse privato e nell’interesse pubblico: solo i primi, riguardando “rapporti interprivati”, rientrano nella materia ‘ordinamento civile’, e sono preclusi alla legislazione regionale (sent. 232/2005, che dichiara pertanto incostituzionale una disposizione legislativa regionale in tema di distanze tra costruzioni).

Esaminando il “piano nazionale di edilizia abitativa” ex legge 133/2008, la Consulta (sent. 121/2010) ha affermato, sulla base della predetta impostazione, che le “previsoni relative al trasferimento e alla cessione dei diritti edificatori incidono sulla materia ‘ordinamento civile’, di competenza esclusiva dello Stato”.

Per tale via si dà rilievo costituzionale alla distinzione fra disciplina civilistica della proprietà (significativo è il richiamo ai rapporti di vicinato) e disciplina pubblicistica, consistente nei “limiti nell’interesse pubblico”, e ricondotta alla materia “governo del territorio” (di competenza concorrente).

Ho accennato al superamento del valore concettuale della distinzione già a opera della dottrina precostituzionale più avveduta. Com’è noto, poi, a partire dagli studi di Pugliatti la tesi prevalente è che la conformazione del diritto, alla luce del principio della funzione sociale, riguarda la struttura stessa del diritto soggettivo di proprietà e non limiti “esterni” al diritto soggettivo, come si diceva un tempo; rendendo così secondaria la distinzione tra limiti nell’interesse pubblico o privato.

In ogni caso, anche per la via adottata dalla Consulta – peraltro ai fini specifici del riparto delle competenze di cui all’art. 117 – i problemi non diminuiscono. Come osserva infatti Paolo Urbani, i meccanismi perequativi previsti dalle norme di piano “prevedono il trasferimento dei diritti edificatori, la loro libera commerciabilità e il loro atterraggio in altre aree del piano regolatore, il che sembra incidere proprio sui diritti soggettivi e sui rapporti civilistici che ne derivano”.

6. I “diritti edificatori”: premessa metodologica

Venendo appunto al tema dei diritti edificatori, premetto una considerazione metodologica: è sempre più difficile per il giurista svolgere il compito di coordinare l'innovazione (in questo caso legislativa) con il sistema. Dal momento che le categorie giuridiche non devono essere moltiplicate senza necessità, spetta al giurista verificare se si è in presenza di vecchie categorie che assumono connotazioni almeno in parte nuove, ovvero se si debbano configurare nuove costruzioni. Insegnava Luigi Mengoni che, a fronte della legislazione speciale, il diritto civile non deve essere considerato residuale, ma diritto comune, in quanto “referente sistematico di comprensione e coordinamento, da un punto di vista unitario, degli ambiti normativi del diritto privato, dislocati nei territori della legislazione speciale”. E assegnava questo compito alla scienza giuridica. Un compito che però, come dicevo, diventa sempre più difficile di fronte a innovazioni che si collocano in una zona intermedia, fuori dal sistema e tuttavia prive di una chiara logica innovativa.

Alcuni esempi, estranei al nostro tema: l'uso anomalo del termine “buona fede” nell'art. 33 del codice del consumo (cattiva traduzione di una direttiva comunitaria); l'uso del termine “azione di classe” (cattiva traduzione dell'inglese); l'introduzione del “patto di famiglia” e il suo difficile rapporto con la logica del nostro diritto successorio; e gli esempi potrebbero purtroppo continuare.

L'ultima moda della legislazione speciale sembra essere quella di introdurre una fattispecie, priva di un'autonoma configurazione normativa, attraverso la disciplina della pubblicità. Lo si è visto con il nuovo art. 2645-ter (nato con l'intento di tutelare situazioni di disagio sociale, ma nella sua formulazione normativa aperto – attraverso il richiamo all'art. 1322 – agli esiti più incerti e improbabili). Con il decreto legge 70/2011 questa singolare tecnica legislativa è stata riproposta, con l'introduzione del numero 2-bis nell'art. 2643, per i “diritti edificatori”: ciò che comporta (come cercheremo di dire) problemi di portata più ampia di quanto possa apparire a prima vista.

7. I “diritti edificatori” autopoietici dopo il decreto 70/2011

Dopo l'entrata in vigore del n. 2-bis, aggiunto all'art. 2643, comma

1, dal cosiddetto decreto sviluppo (n. 70 del 2011), si potrebbe ritenere che il problema di competenza (di cui alla giurisprudenza costituzionale sull'art.117 prima ricordata) sia risolto: si tratta indubbiamente di una norma statale. Ma la questione è più complicata. La domanda è: siamo sicuri che una norma sulla trascrizione sia sufficiente ai fini della riserva di legislazione statale in tema di ordinamento civile, di cui all'art. 117? E anzi, prima ancora, questa norma introduce una nuova figura di diritto soggettivo? E a quale soggetto attribuisce il potere di crearlo? Rileggiamo il testo del n. 2-*bis*: “si devono rendere pubblici con il mezzo della trascrizione [...] i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale”.

Prima di dire la mia opinione sulla controversa questione della natura giuridica di questi diritti edificatori, conviene segnalare, anzitutto, che la norma fa riferimento a contratti che possono non solo trasferire o modificare, ma anche “costituire” i suddetti diritti, che a loro volta possono essere “previsti” – dice il n. 2-*bis* – anche da strumenti di pianificazione territoriale, a prescindere (“ovvero”) da una normativa statale o regionale che li preveda.

Si configura così quella che è stata definita l'autopoiesi dei diritti edificatori. Questi, insomma, per usare il linguaggio degli urbanisti, non solo decollano e poi atterrano ma possono anche essere creati in volo, come un aeroplano che improvvisamente si materializza in cielo, ad opera di questa o quella amministrazione comunale; dopodiché però essi diventano, altrettanto improvvisamente, beni economici giuridicamente tutelati, i quali si devono considerare protetti dalla garanzia costituzionale del valore patrimoniale, sulla base dei principi fissati dalle supreme corti, ai quali ho fatto prima riferimento.

Ho molti dubbi che ciò sia conforme alla Costituzione, oltre che saggio dal punto di vista dell'interesse generale: creare dal nulla diritti edificatori, non collegati ad alcun immobile, significa creare dal nulla un nuovo bene giuridico, il quale però, una volta nato, dovrà esser garantito dal potere pubblico nel suo valore venale. Fondata quindi mi pare la preoccupazione di Urbani che, scrivendo prima dell'entrata in vigore del n. 2-*bis*, paventava “l'ipotesi che alcuni soggetti possano fare incetta dei diritti edificatori, per poi concentrarli in alcune aree nel momento in cui il valore di tali diritti cresca in modo esponenziale, costringendo in tal modo l'amministrazione a concordare con i privati la localizzazione dei maggiori diritti edificatori in aree che per motivi di sostenibilità ambientale, sociale o estetica non sopportano tali trasformazioni edificatorie”.

8. I “diritti edificatori” come situazione di aspettativa

Aldilà delle accennate considerazioni di legittimità costituzionale e di politica del diritto, la mia opinione sulla natura giuridica di questi diritti edificatori è un po' diversa da quelle che mi sembrano finora prevalenti. Certo, si ritorna al quesito metodologico posto di cui sopra: il rapporto tra innovazione legislativa e sistema. Tanto più difficile di fronte a innovazioni – mi si perdoni l'espressione – un po' strampalate. A me pare, senza qui esaminare con l'attenzione che meriterebbero le altre tesi proposte dalla dottrina (diritto reale, diritto di credito con il comune in veste di debitore, interesse legittimo pretensivo), che si sia vicini alla figura giuridica dell'aspettativa, cioè, per usare le parole del mio maestro Rosario Nicolò, a un interesse preliminare di un soggetto, tutelato in via provvisoria e strumentale, ossia quale mezzo al fine di assicurare la possibilità del sorgere del diritto. E quindi, dal punto di vista oggettivo, a una fattispecie a formazione progressiva. Saremmo, seguendo questa strada, di fronte ad una aspettativa rispetto al consolidarsi su un fondo del “diritto edificatorio”; che solo a quel punto si configurerebbe come facoltà – concretamente conformata – rientrante nel contenuto del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) sul fondo “di atterraggio”.

Del resto, chi ha sostenuto la tesi dei diritti edificatori “in volo” come autonomi diritti reali (Amadio), ha dovuto poi tenerne fuori quelli autopietici, cioè privi di qualunque collegamento con un'area di origine. Suscitando così l'obiezione (Trapani) che ai diritti edificatori non può darsi una configurazione giuridica differente, a seconda del collegamento o meno con un diritto reale originante; ed è proprio la seconda possibilità la vera novità – come abbiamo visto – introdotta dal n. 2-*bis* dell'art. 2643.

È appena il caso di aggiungere che l'inquadramento sistemico della figura è tutt'altro che privo di conseguenze operative, per i diversi regimi giuridici applicabili, a seconda che si ritenga, o meno, di essere in presenza di un autonomo diritto reale (regole di circolazione, tecniche di rinuncia, ipotesi di estinzione, tutela risarcitoria e possessoria, regole processuali).

La tesi da me prospettata consentirebbe forse anche di ridurre i rischi che prima segnalavo; e in ogni caso è difficile dubitare che la materia troverà la sua sistemazione solo dopo l'inevitabile (e auspicabile) intervento dei massimi organi giurisdizionali.

9. *Conclusioni*

È difficile, in conclusione, non condividere quanto scrive Paolo Urbani nelle pagine finali del suo libro. La ricerca di una urbanistica meno ingiusta, che si proponga di assicurare con il “minimo sacrificio” la funzione sociale della proprietà, richiede che si affrontino in modo sistematico questioni irrisolte da troppo tempo; sulle quali è necessario l’intervento del legislatore nazionale, se si vuole effettivamente favorire lo sviluppo dell’economia e la coesione sociale in un territorio regolato.

E il libro di Paolo Urbani è un importante contributo per chi voglia progettare il ridisegno della legislazione urbanistica italiana.

Beni comuni e proprietà privata
(a proposito di “Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei
beni comuni” a cura di Maria Rosaria Marella)*

SOMMARIO: 1. «Riconcettualizzare» i beni comuni – 2. Antimoderno e postmoderno – 3. Tassonomia ed eterogeneità della categoria – 4. I beni comuni nella proposta della Commissione Rodotà – 5. Beni comuni e proprietà privata – 6. Beni comuni e beni produttivi.

1. «Riconcettualizzare» i beni comuni

Il dibattito sui beni comuni coinvolge filosofi, economisti, storici, sociologi, e anche i giuristi.

I beni comuni appaiono i portatori non più di una «tragedia»¹, ma di un'alternativa sociale rispetto al predominio della logica individualistica di mercato.

Naturalmente, lo spettro della interpretazione è ampio: da chi pensa che il «problema» dei *commons* è oggi «il nome» del comunismo², a chi lo identifica con il «bene comune», secondo la tradizione tomistica, e quindi con l'antica nozione di «interesse generale» (che poi ognuno intende a modo suo).

Comunque la si pensi, per il «nuovo vocabolario, più ricco dell'antinomia stato-mercato», invocato dai nuovi teorici è importante «riconcettualizzare»³, che vuol dire chiarire e precisare.

È quello che si propone il libro «Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni» introdotto e curato da Maria Rosaria Marella⁴.

I saggi raccolti sono di studiosi di diverse discipline ma il filo condotto-

* Pubblicato in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 209-216.

¹ Secondo la nota formula di G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243 ss. Il saggio del biologo statunitense è analizzato da L. COCCOLI-G. FICARELLI, *The Tragedy of the Commons. Guida a una lettura critica*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, pp. 60 ss.

² S. ŽIŽEK, *Benvenuti in tempi interessanti* (2011), trad. it., Milano, 2012, p. 128.

³ Cfr. S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla crescita serena* (2007), trad. it., Torino, 2008; E. OSTROM, *Governare i beni collettivi* (1990), trad. it., Venezia, 2006.

⁴ V. sopra, nt. 1.

re e il comune punto di riferimento è l'approccio giuridico, che caratterizza in particolare gli scritti della curatrice: l'introduzione generale e quelle alla terza e quarta parte del libro. La scelta è giusta e non già perché esprima un corporativismo professionale dei giuristi, ma perché il discorso del giurista (raccordato con le riflessioni di altre discipline) costringe alla precisazione, contribuisce alla chiarezza e quindi a evitare suggestioni che possono apparire affascinanti, ma rischiano poi di dimostrarsi prive di concretezza.

Questa esigenza induce Marella, nella sua introduzione, a scrivere pagine che rappresenteranno a mio avviso un punto di riferimento nel dibattito giuridico sui beni comuni.

2. *Antimoderno e postmoderno*

Una breve riflessione preliminare sulla critica di antimodernismo che spesso viene rivolta ai teorici dei beni comuni. Nel libro sono presenti riflessioni storiche. Lorenzo Zoccoli⁵ ricostruisce alcuni aspetti delle «due narrazioni contrapposte in tema di proprietà» che attraversano, in maniera spesso conflittuale la tradizione filosofica occidentale, prima di culminare nella vittoria dell'individualismo possessivo. La proprietà privata individualistica e assoluta del *Code civil* non è, come afferma il pensiero storico neoliberalista⁶ un continuum della civiltà occidentale, ma è il prodotto, anche sul piano concettuale, di un confronto e di uno scontro. Tanto Locke, come ricorda Zoccoli, quanto, prima ancora, Grozio devono iniziare la propria trattazione della proprietà dalla presa d'atto del pensiero allora prevalente⁷, di derivazione tomistica, per la quale l'uso dei beni deve misurarsi con la loro destinazione universale all'umanità, operata da Dio al momento della creazione. La conseguente «dimostrazione» del diritto naturale alla libera proprietà individuale resta così non priva di aporie, a cominciare dalla fondazione della proprietà sul lavoro (che infatti Robert Nozick⁸ rimprovera a Locke).

Sarà l'ottocentesca sistemazione giuspositivistica del diritto privato rivoluzionario a risolvere il problema, eliminandolo: la giustificazione dell'individualismo proprietario è nell'ordinamento giuridico positivo, non

⁵ *Idee del comune*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 31 ss.

⁶ Cfr. R. PIPES, *Proprietà e libertà* (1999), trad. it., Torino, 2008.

⁷ Qualche considerazione in proposito ho svolto in C. SALVI, *La Rerum Novarum 120 anni dopo*, in *Iustitia*, 2011, pp. 349 ss.

⁸ R. NOZICK, *Anarchia Stato Utopia* (1974), trad. it., Firenze, 1981, pp. 185 ss.

ha bisogno di altre fondazioni.

Lo studio di Emanuele Conte⁹ ricostruisce una vicenda più recente: la permanenza del modello del bene comune nella scienza giuridica e nel diritto moderno. E in tale quadro, naturalmente, ampio spazio è riservato al pensiero di Paolo Grossi¹⁰, autorevole antesignano di questa prospettiva storiografica (anche se Grossi è sempre stato molto attento a non trarre particolari profili di attualità dalle sue riflessioni sull'«altro modo di possedere»).

Ciò che mi interessa segnalare, comunque, è che la prospettiva antimoderna ha inciso, più di quanto si ritenga, nell'elaborazione, nella seconda metà del secolo scorso, di una dimensione giuridica e concettuale della proprietà privata diversa da quella dell'individualismo possessivo.

Particolarmente evidente ciò appare nella dottrina cristiana sociale. Nel suo «Programma dei cattolici di fronte al socialismo» del 1894, Giuseppe Toniolo propone di utilizzare «a beneficio del popolo» i patrimonio agrari collettivi di enti, opere pie, corporazioni religiose, comuni e province. E' il clima della *Rerum Novarum*, che segna appunto il passaggio della Chiesa dalla nostalgia acritica dell'*Ancien Régime* all'uso di filoni concettuali premoderni come base per dare risposte alla modernissima «questione sociale», causata dalla rivoluzione industriale e dal dominio dell'individualismo possessivo¹¹.

La ricerca di una alternativa al dilemma liberismo-statalismo a partire da una rivalutazione di aspetti del passato premoderno, in realtà, percorre tutto l'arco temporale della modernità; né c'è quindi da scandalizzarsene oggi.

Non si trattò di un pensiero «debole». La dottrina sociale cristiana ha svolto un ruolo rilevante, in Germania come in Italia, nel contemperamento tra proprietà privata e dimensione sociale che caratterizzò la *golden age*¹² europea ed è alla base di non poche formulazioni costituzionali, tra le quali il principio della funzione sociale della proprietà privata.

⁹ *Beni comuni e domini collettivi*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., pp. 41 ss..

¹⁰ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977; ID., *La proprietà e la proprietà nell'officina dello storico*², Napoli 2006.

¹¹ Rinvio ancora a SALVI, *La Rerum Novarum 120 anni dopo*, cit., pp. 353 ss.

¹² Per usare, qui e altrove, la felice espressione di E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve* (1994), trad. it., Milano, 1995, pp. 303 ss., con riferimento al trentennio successivo alla seconda guerra mondiale.

3. *Tassonomia ed eterogeneità della categoria*

Vengo ora al «tentativo di tassonomia» svolto da Marella nell'introduzione¹³. L'autrice individua cinque usi (giuridici) dell'espressione beni comuni. La classificazione è utile a comprendere le differenze non secondarie di significato a seconda dell'oggetto considerato, e consente di svolgere alcune considerazioni sul rapporto fra gli usi della locuzione «beni comuni» e i dati del nostro ordinamento giuridico. Vediamo le cinque voci di Marella:

1. Beni materiali (come l'acqua e le risorse naturali)
2. Beni immateriali (dalle tradizionali opere dell'ingegno ai geni, compresi quelli umani);
3. Istituzioni erogatrici di servizi che assicurano diritti sociali (la sanità, l'università, la scuola...);
4. La città, lo spazio urbano;
5. L'associazione della locuzione «beni comuni» a parole come lavoro, democrazia, informazione.

Giuridicamente l'espressione beni comuni ha lo stesso significato, o comunque un significato omogeneo, per ciascuno di questi usi?

Delle cinque voci, almeno due (i beni materiali e la città) evocano immediatamente il tema della disciplina della proprietà; ma anche la seconda voce, quella sui beni immateriali, oggetto di un più che secolare dibattito sulla riconducibilità o meno alla categoria della proprietà, richiama il conflitto tra appropriazione individuale e fruizione collettiva. Anzi, per Elinor Ostrom e Charlotte Hess i saperi, il patrimonio intellettuale e artistico dell'intera umanità sono un archetipo dei *commons*¹⁴. Particolare rilievo assume, sotto questo profilo, la disciplina giuridica del diritto d'autore, e in genere la gestione della rete, per combattere le moderne *enclosures*.

Con la terza voce, siamo invece fuori dalla logica proprietaria, e dentro la questione della struttura delle istituzioni pubbliche. Qui bene comune vuol dire modalità di gestione fondata sulla democrazia partecipativa, superando l'alternativa tra privatizzazione e burocrazia pubblica.

Quanto infine all'uso della locuzione beni comuni con riferimento al lavoro, alla democrazia, all'informazione, esso conduce fuori dal problema della gestione delle risorse, e si rapporta a quello dei «valori» (che ha un

¹³ *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., pp. 17 ss.

¹⁴ C. HESS-E. OSTROM (a cura di), *La conoscenza come bene* (2007), trad. it. a cura di P. Ferri, Milano, 2009.

significato giuridico-normativo molto rilevante, se si considera che una tavola dei valori che li struttura gerarchicamente è ciò che caratterizza le Costituzioni del dopoguerra: cfr. il comma 2° dell'art. 41).

E' del resto proprio partendo da questo significato che nella sua postfazione¹⁵ al libro curato da Marella, Stefano Rodotà propone una connessione tra beni comuni e diritti fondamentali, fondata sul valore universale della «dignità» della persona.

Va piuttosto segnalato che vi è stata, nella *golden age* dell'Occidente, la prospettiva dell'attribuzione ai diritti sociali di una tutela di tipo proprietario (e quindi al tempo stesso «individuale» e comune nel senso di universale). Basti ricordare la teoria della nuova proprietà di Charles A. Reich¹⁶ per i diritti sociali, e una norma come quella dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, per il «diritto al posto di lavoro». Tesi e norme contraddittorie con la logica neoliberista, e delle quali assistiamo infatti da tempo alla progressiva demolizione.

4. *I beni comuni nella proposta della Commissione Rodotà*

Torniamo sulla disomogeneità, dal punto di vista della struttura giuridica, delle figure ricondotte ai beni comuni e verifichiamola alla luce della più approfondita elaborazione disponibile: la proposta della Commissione Rodotà di modifica della disciplina «dei beni» contenuta nel libro terzo del Codice civile¹⁷.

La proposta prevede anzitutto di riformulare l'art 810 al fine di qualificare come beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti. I beni sono poi distinti in tre categorie: comuni, pubblici, privati.

I beni comuni vengono definiti come le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». La novità della categoria, e la sua autonomia rispetto alla dicotomia beni pubblici-beni privati, risiede in ciò, che la titolarità dei beni comuni può essere, oltre che di persone giuridiche pubbliche anche di privati; l'elemento che li caratterizza in entrambi i casi è la garanzia della

¹⁵ *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., pp. 311 ss.

¹⁶ C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale law jour.*, 73 (1964), pp. 733 ss.

¹⁷ Pubblicata in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., pp. 161 ss.

fruizione collettiva, in particolare con l'attribuzione a tutti della tutela giurisdizionale in ordine alla loro salvaguardia e fruizione.

Si indica così la via per dare concretezza alla tutela civile degli «interessi collettivi», sulla quale si interrogò a suo tempo la dottrina civilistica.

I beni pubblici, a loro volta, in quanto distinti dai beni comuni, vengono classificati in tre categorie; accanto a quelli di appartenenza pubblica necessaria e ai beni pubblici fruttiferi, si individua la figura dei «beni pubblici sociali» (come le case dell'edilizia residenziale pubblica, le reti locali di pubblico servizio e altri).

Da questo quadro emerge che i beni comuni sono «cose», sulle quali grava un nuovo modello di proprietà pubblica. ovvero (quando titolare sia un privato), un nuovo modo di conformazione della proprietà privata.

Restano fuori da questa classificazione i diritti sociali: che non sono «cose», e sono definibili quali «comuni» solo nel senso della rivendicazione del loro carattere universale (nel senso cioè che devono essere comuni a tutti), ma che restano funzionalmente individuali. Ciò che credo giusto non solo da un punto di vista concettuale, ma anche per ragioni attinenti alla libertà individuale: il «comune» contiene, si sa, un elemento di compressione della libertà. In questo campo, quindi l'uso dell'espressione «beni comuni» è soprattutto simbolico.

5. Beni comuni e proprietà privata

Quale il rapporto tra la nozione di bene comune e la categoria giuridico-normativa di proprietà? Il problema si pone, per le ragioni che si sono viste, per due delle accezioni proposte dal «tentativo di tassonomia» di Marella: le risorse naturali e lo spazio urbano.

Nella proposta della Commissione Rodotà, per i beni comuni di appartenenza pubblica si prospetta una nuova forma appropriativa, che delinea il contenuto della situazione soggettiva con tratti innovativi, distinguendoli sia dai beni «ad appartenenza Pubblica necessaria», che soddisfano interessi generali fondamentali dello Stato e degli enti pubblici necessari, sia dai «beni pubblici fruttiferi», alienabili e gestibili con strumenti di diritto privato, sia anche dai già citati «beni pubblici sociali». I punti di riferimento costituzionali per questa operazione sono presenti nella disciplina della proprietà, in particolare nel comma 1 dell'art. 42 e nell'art. 43.

Per i beni comuni appartenenti a privati, il punto di riferimento costituzionale è il comma 2 dell'art. 42. Nella proposta della Commissione

Rodotà. infatti, le modalità non individualistiche di fruizione si configurano come limiti (secondo la concezione tradizionale) ovvero (secondo la concezione post pugliattiana) come tecnica di conformazione del diritto di proprietà privata.

Alla legge è infatti affidato il compito di garantire la «fruizione collettiva» da parte dei terzi, prevedendosi a tal fine che «chiunque» abbia accesso alla corrispondente tutela giurisdizionale.

La tecnica è dunque quella (in sé non nuova) della limitazione del potere di escludere i terzi; e non scandalizzerà il richiamo, tra le altre, alla norma del Codice civile sulla caccia (art. 842). Di fronte allo *jus excludendi* del proprietario privato di un bene classificato «comune», prevalgono i diritti di «ciascuno» alla salvaguardia e alla fruizione; mentre la tutela risarcitoria è attribuita allo Stato [art. 1, comma 3°, lett. c) della proposta della Commissione].

La fondazione costituzionale è nel comma 2 dell'art. 42; e infatti Stefano Rodotà, nella sua postfazione¹⁸, richiama il principio della funzione sociale, al quale aggiunge, con originale e interessante prospettiva, la seconda finalità assegnata dall'art. 42 alla conformazione normativa della proprietà privata, quella di «renderla accessibile a tutti». Tale indicazione avrebbe quindi il significato di legittimare non solo interventi legislativi finalizzati ad accrescere il numero dei proprietari, ma anche tecniche di conformazione della proprietà privata che garantiscano la fruizione collettiva del bene.

La difficoltà giuridica per l'introduzione nell'ordinamento di una figura di «bene comune di proprietà privata» deriva in effetti da problemi di compatibilità non con la Costituzione italiana, ma con gli orientamenti oggi prevalenti nel diritto europeo, per le ragioni che ho avuto modo di segnalare altrove¹⁹. Infatti, il diritto europeo, alla luce della sfera di incidenza a esso attribuita dalla Corte costituzionale, pone seri ostacoli alla praticabilità di una riforma dell'ordinamento giuridico italiano che assuma la prospettiva dei beni comuni. Basti qui considerare la nuova interpretazione del comma 3° dell'art. 42 della Costituzione introdotta dalla Consulta sulla base dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, e metterla a confronto con l'idea dello spazio urbano come bene comune, prospettata della parte terza del libro curato da Marella.

Nel diritto (oggi) «vivente», in caso di limiti «troppo» penetranti del suo

¹⁸ *Beni comuni*, cit., pp. 313 ss.

¹⁹ C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, pp. 409 ss. In argomento saggi di vari aa. sono in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

diritto il proprietario ha diritto a un indennizzo pari al valore economico della perdita da lui subita in conseguenza della limitazione. Come conciliare, con questa tutela integrale della rendita fondiaria, una normativa che consideri lo spazio urbano, anche se di proprietà privata, bene comune?

Del resto, è il nodo irrisolto da oltre trent'anni (la pertinenza dello *jus aedificandi* alla proprietà urbana, con il conseguente obbligo di indennizzare i vincoli di inedificabilità) ad avere determinato, nelle condizioni di difficoltà finanziaria dei comuni, quel fenomeno dell'urbanistica contrattata, che è l'esatto contrario della logica degli *urban commons* e che costituisce la causa di fondo dei crescenti fenomeni di uso asociale del territorio²⁰.

6. Beni comuni e beni produttivi

Qualche considerazione su un secondo profilo di incidenza del tema dei beni comuni sulla materia proprietaria. Esso è volutamente non affrontato nel libro curato da Marella, ma il titolo stesso del volume lo suggerisce, e del resto fa parte del dibattito sui beni comuni.

Andare «oltre il pubblico e il privato» significa infatti uscire dalla dicotomia, che caratterizza il diritto moderno, tra la proprietà privata individualistica ed esclusiva del cittadino e la proprietà pubblica, con analoghe caratteristiche strutturali, ma appartenente al sovrano. La questione è: uscire da questa dicotomia ha una valenza più generale, che riguarda anche l'organizzazione della produzione? E, in questo quadro, va assegnato il medesimo disvalore alla proprietà privata come a quella pubblica?

Nella «precisazione», che Tullio Seppilli aggiunge al suo saggio²¹, c'è una esplicita negazione di questa indifferenza. A suo avviso, una equidistanza tra pubblico e privato risulta gravemente fuorviante. «Nel pubblico è possibile intravedere elementi di comune, mentre dal privato non si va da nessuna parte e si rimane inevitabilmente nella logica del massimo profitto».

Per Marx, com'è noto, il socialismo richiedeva l'abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione.

La proprietà «sociale» dei beni economici di cui parlava Marx fu identificata nel «socialismo reale» con la nazionalizzazione di tali beni. La pro-

²⁰ Cfr. P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

²¹ *Sulla questione dei beni comuni: un contributo antropologico per la costruzione di una strategia politica*, in MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., pp. 109 ss., 125. E cfr. L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, *ivi*, pp. 69 ss.

prietà esclusiva e assoluta del privato diventò proprietà dello Stato, restando esclusiva e assoluta. Com'è ben noto, ciò determinò, da un lato, la formazione della «nuova classe» costituita da coloro che attraverso il controllo dello Stato controllavano la ricchezza; dall'altro un sistema politicamente illiberale ed economicamente inefficiente.

Ma crescono i dubbi che la soluzione liberista sia davvero una soluzione; o sia anch'essa un «Dio che ha fallito». La riflessione sui beni comuni può aiutare nella ricerca?

Elinor Ostrom, di recente scomparsa, ha indicato²² la ragione principale del fallimento della pianificazione centralizzata dell'economia in ciò, che le informazioni rilevanti per la gestione sociale delle risorse sono diffuse, e non possono essere monopolizzate da un unico ente centrale. La «tragedia dei beni comuni» può essere evitata solo dalla cooperazione tra gli attori più vicini alle risorse naturali. Le norme che ne regolano l'utilizzazione devono quindi essere locali, e nascere «dal basso». E per questa ragione la proprietà delle risorse non può essere attribuita e gestita da un ente amministrativo distante: è la stessa comunità a gestire i suoi *commons*, sulla base di un'autoregolamentazione.

Ma qui subentra il dilemma di Robert A. Dahl²³ (e prima di lui di Rousseau): più un'entità politica è piccola, e quindi direttamente controllabile dai cittadini, più sono ridotti i suoi ambiti di sovranità. E infatti la stessa Ostrom ha riconosciuto, in alcuni campi (come il cambiamento climatico), l'esigenza di una normativa, nazionale e internazionale, per tutelare l'atmosfera, *common* globale. Ed è possibile una regolazione globale di questo tipo, senza una regolazione globale della produzione?

Grandi quesiti, che si possono appena accennare. È difficile però dubitare della necessità di continuare la ricerca; e che del «nuovo vocabolario», cui accennavo all'inizio, la voce «beni comuni» fa certamente parte. Il contributo del giurista nello scriverlo è tutt'altro che secondario, come dimostra il libro curato da Marella.

²² OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit.

²³ R.A. DAHL, *I dilemmi della democrazia pluralista* (1979), trad. it., Milano, 1996.

*Modelli di proprietà e principi costituzionali**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le due letture della garanzia nella giurisprudenza costituzionale – 3. La pretesa nozione costituzionale di proprietà – 4. Principio di eguaglianza e garanzia della proprietà – 5. Un modello autonomo di proprietà nella giurisprudenza della corte costituzionale? – 6. Riserva di legge e garanzia della proprietà – 7. Riserva di legge e funzione sociale: le letture della dottrina – 8. Alle origini della funzione sociale – 9. Il problema della portata normativa e del contenuto della funzione sociale – 10. La funzione sociale come 'limite' al legislatore – 11. La funzione sociale come principio generale: il giudice e la norma di legge – 12. Considerazioni finali. Disciplina del bene e disciplina del diritto.

1. Premessa

Uno degli aspetti più significativi della moderna tematica proprietaria è rappresentato dal rapporto tra il tradizionale modello privatistico (consegnato nella definizione del codice) ed i principi desumibili dagli enunciati costituzionali¹. È un rapporto di non agevole sistemazione, se non altro perché il testo costituzionale si lascia leggere in direzioni differenti se non opposte. Da un lato, il riconoscimento e la garanzia accordati alla proprietà privata sollecitano una rinnovata attenzione per la logica individualistica che sottende l'istituto; dall'altro, l'enunciato concernente la funzione sociale richiama piuttosto l'esigenza di una riscrittura del modello tradizionale che consenta la penetrazione del rilievo assegnato in via di principio all'interesse di soggetti diversi dal titolare del bene.

In effetti, un significativo orientamento culturale – a partire dal famoso saggio di Pugliatti – ha prospettato una revisione della categoria, fondata sulla lettura coordinata dei dati costituzionali e di quelli offerti dalla legislazione di settore; mentre, sull'opposto versante, la giurisprudenza della corte costituzionale ha riproposto, nell'ultimo ventennio, la centralità di quel nocciolo duro del diritto di proprietà che è costituito dalla sostanza economica della forma privatistica di attribuzione dei beni.

È certo poi che per espungere dalla riflessione in questa materia il dato costituito dall'ormai fermo (anche se, come si vedrà, non lineare) orientamento della giurisprudenza costituzionale sarebbe operazione irrealistica ed

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 317-355.

¹ Tale problematica è presente nelle diverse esperienze giuridiche contemporanee: v. oltre, note 27 e 31.

improduttiva. Esattamente è stato notato che, in presenza di una costituzione rigida, «il rango della proprietà nel sistema è anche affidato al significato .. che la corte costituzionale ... attribuisce alla 'garanzia' del diritto»².

E l'interpretazione «forte» che i giudici costituzionali hanno dato, a partire dalla seconda metà degli anni '60, alla garanzia posta dall'art. 42, ha acquisito un grado di 'effettività' che ha indotto a domandarsi se il 'modello' di proprietà che ha ispirato la giurisprudenza costituzionale non debba considerarsi oramai prevalente, rispetto al 'modello' che sottolinea piuttosto la penetrazione dell'elemento 'sociale' nella struttura del diritto soggettivo³.

Nelle pagine che seguono si proporrà un riesame di entrambe le linee di lettura del dato costituzionale, nel tentativo di segnalare quella che pare una più circoscritta e definita portata normativa dei principi contenuti nell'art. 42.

2. *Le due letture della garanzia nella giurisprudenza costituzionale*

Com'è noto⁴, la giurisprudenza costituzionale si basa essenzialmente sull'idea che la garanzia della proprietà privata debba rinvenirsi – nella sua concreta dimensione operativa – non nel 2°, ma nel 3° co. dell'art. 42. La 'espropriazione' prevista da tale norma comprenderebbe non solo il trasferimento coattivo della titolarità del diritto (secondo una tradizione plurisecolare), ma anche ogni norma o provvedimento che riduca i poteri del proprietario al di sotto di una certa soglia. Quando ciò avvenga, si è in presenza di una limitazione sostanzialmente espropriativa: costituzionalmente

² U. BRECCIA, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 253.

³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, pp. 360 ss.

⁴ La giurisprudenza costituzionale ricalca un indirizzo dottrinario di derivazione tedesca, il cui atto di nascita da noi può rinvenirsi in A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 809 ss.; cui fecero seguito G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963, e F. BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, I, Milano, 1965.

Un'ampia analisi della giurisprudenza costituzionale è in RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 321 ss. (che riproduce il commento all'art. 42 nel *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1982). Si veda anche, dell'abbondante letteratura, per un'acuta ancorché non più recente ricostruzione, G. TARELLO, *Storiografia giurpolitica e interventi della Corte costituzionale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, Bologna, 1976, pp. 593 ss.; nonché – per l'inserimento negli indirizzi complessivi della Corte – G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, pp. 317 ss.

legittima solo se accompagnata dalla corresponsione di una indennità.

Diviene a questo punto decisivo stabilire quale sia la soglia, oltre la quale la limitazione diventa espropriazione⁵. Nell'affrontare la non agevole questione, la corte disponeva di due teorie, elaborate dalla dottrina tedesca fin dall'esperienza di Weimar, e usualmente denominate come teoria «dell'atto singolare» e «della minorazione della sostanza»⁶. In base alla prima, il sacrificio del diritto di proprietà costituisce espropriazione, se ha carattere singolare, addossando pesi diseguali ai differenti proprietari. Si impone così una misura riequilibratrice che consiste nella corresponsione dell'indennizzo. Secondo l'altra teoria, vi è espropriazione quando l'incidenza sulla situazione del privato leda la proprietà nella sua sostanza, nel suo contenuto essenziale, quale stabilito dalla tradizione giuridica, oppure inteso in un momento determinato dalla coscienza sociale.

La soluzione della corte costituzionale consiste, in linea di massima, in una combinazione delle due teorie. Fin dal 1968 è posto il principio per il quale «le imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga ad incidere sul bene oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico⁷.

La regola apre però altri due problemi: come distinguere le imposizioni «a titolo particolare» da quelle aventi carattere di generalità? e come stabilire «ciò che è connaturale» alla proprietà privata, e ne costituisce il contenuto minimo essenziale?

Per risolverli, la giurisprudenza ha ripreso un'altra teoria, elaborata

⁵ La teoria delle limitazioni sostanzialmente espropriative è accolta per la prima volta in Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, in *Giur. cost.*, 1966, p. 72; e ribadita poi in Corte cost., 29 maggio 1968, nn. 55 e 56 (*ivi*, 1968, pp. 838 e 884). In precedenza il giudice costituzionale aveva espressamente affermato il contrario: «espropriare significa trasferire autoritativamente un bene da un soggetto a un altro» (Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, *ivi*, 1957, p. 1067; 15 luglio 1959, n. 46, *ivi*, 1959, p. 743).

Le critiche alla nozione stessa di 'limitazione espropriativa' sono state numerose, a partire dal tuttora fondamentale saggio di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 477 ss. V. poi D. SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, I, Milano, 1974, pp. 339 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 1384 ss.; tra i civilisti, U. NATOLI, *La proprietà*², I, Milano, 1976, pp. 53 ss.; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 393 ss. Di recente ampia rassegna in G. ALPA, M. BESSONE, *Il privato e l'espropriazione*², a cura di G. Rolla, I, Milano, 1986, pp. 1 ss.

⁶ Ampie analisi di tali dottrine e delle combinazioni cui variamente si prestano, in G. MOTZO, A. PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 155 ss.; e in D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, cit.

⁷ Corte cost. 55/1968, cit.

questa volta dalla civilistica italiana, quella della pluralità di tipi strutturali di proprietà⁸. Il punto centrale di tale nota teoria è che alla concreta disciplina proprietaria non corrisponde un unico concetto di proprietà, ma una pluralità di statuti, in relazione alle caratteristiche differenziate dei beni che ne costituiscono l'oggetto.

Se dunque non esiste una, ma più proprietà, è parso possibile anzitutto distinguere tra generale e particolare all'interno di ciascun statuto: i limiti di carattere generale riguardano tutte le proprietà aventi a oggetto beni rientranti nella medesima categoria; quelli a titolo particolare incidono solo su alcune di esse⁹.

Da questa comune premessa è però possibile – e in effetti è accaduto nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo ventennio – trarre conseguenze molto differenti. La teoria della pluralità di tipi proprietari presenta in effetti (come del resto quella dei c.d. beni privati di interesse pubblico, elaborata dalla giuspubblicistica e anch'essa influente sulla giurisprudenza costituzionale)¹⁰ un'ambiguità di fondo. La diversificazione degli statuti (o il carattere di interesse pubblico di un bene privato) può essere ricondotta al dato naturalistico dei caratteri differenti che presentano i vari beni suscettibili di appropriazione oppure al dato positivo del regime giuridico differenziato – e perciò tipizzante – cui la legge sottopone le diverse categorie di beni¹¹.

Seguendo la prima via, si torna in un certo senso a una considerazione prenormativa della proprietà¹². Ogni qual volta si parla di tale diritto, automaticamente ci si riferisce a un modo d'essere che preesiste alla disciplina legislativa. La differenza rispetto alle concezioni giusnaturalistiche è che al diritto naturale si sostituisce la «coscienza sociale»¹³ (della quale è chiamato

⁸ Il riferimento è ovviamente a S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1953, pp. 143 ss.

⁹ Così, il vincolo di inedificabilità è imposizione 'a titolo generale' se cade su immobili rientranti nella categoria «bellezze naturali»; non lo è per le aree urbane, nelle quali lo *ius aedificandi* sarebbe, «secondo il regime di appartenenza, quale risulta nella vigente legislazione, ... di pertinenza del proprietario» (Corte cost., 56 e 55/1968, cit.).

¹⁰ A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956, pp. 56 ss.; e cfr. G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971. Gli influssi della teoria sono evidenti in Corte cost. 56/1968, cit.

¹¹ Per una critica del ricorso alla nozione di 'categoria dei beni' ai fini della garanzia della proprietà v. A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, pp. 131 ss.

¹² Cfr. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive. Corso di Diritto Civile 1972-73*, Genova, 1972, p. 124.

¹³ Il termine ricorre in Corte cost. 55/1968, cit., e nella dottrina che è alla base della

a rendersi interprete il giudice costituzionale); e la coscienza sociale non prospetta un contenuto 'essenziale' del diritto di proprietà in generale, ma lo differenzia in relazione al bene che del diritto è l'oggetto.

Seguendo invece la seconda via, il contenuto 'essenziale' del diritto è dato dal regime giuridico previsto dalla legge per ciascun bene. La garanzia non può non fondarsi, allora, sulla parità di trattamento tra proprietari 'eguali' (che sono tali perché titolari di diritti su beni che in via generale sono disciplinati in modo uniforme). Quando solo ad alcuni di questi proprietari viene imposto un «sacrificio» particolarmente penetrante, è la violazione del principio di eguaglianza a determinare illegittimità costituzionale.

Per la prima tesi, invece, non ha senso ragionare in termini di eguaglianza: la garanzia costituzionale è violata ogni volta che il legislatore incida sul contenuto (che i giudici costituzionali ritengono) essenziale del diritto di proprietà su un certo bene, indipendentemente dal carattere generale o particolare della limitazione.

Negli sviluppi più recenti, la giurisprudenza costituzionale oscilla tra le due posizioni, senza che sia dato rinvenire un orientamento chiaro e coerente. Per considerare ad es. due decisioni di notevole rilievo, si può notare che la sentenza del 1977 in tema di contratti agrari¹⁴ pone una regola (il legislatore non può «incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto»), che prescinde da ogni riferimento al bene peculiare oggetto della disciplina. Il contesto e gli argomenti usati sono in effetti del tutto estranei alla questione della parità di trattamento tra proprietari¹⁵.

Per negare la legittimità di un'indennità di esproprio dei suoli urbani commisurata al valore agricolo, e poi per ribadire l'incostituzionalità dei vincoli di inedificabilità temporalmente illimitati¹⁶, invece, si torna a far riferimento alla disparità¹⁷ tra il proprietario, il cui fondo sia espropriato

giurisprudenza costituzionale (cfr. A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 472 s.).

¹⁴ Corte cost. 22 dicembre 1977, n. 153, in «*Giur. cost.*», 1977, p. 1469. Nella stessa linea Corte cost. 27 luglio 1972, n. 155, *ivi*, 1972, p. 1582; 15 gennaio 1976, nn. 3 e 4, *ivi*, 1976, p. 18 ss. L'uso della nozione di limitazione sostanzialmente espropriativa, oltre che per le limitazioni c.d. amministrative, anche per le ipotesi di fissazione legale del canone di rapporti contrattuali, nasce con Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, *ivi*, 1969, p. 461. Sull'art. 44 Cost. v. ampiamente RODOTÀ, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, cit., pp. 211 ss.

¹⁵ V. i rilievi in tal senso di RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 342 ss.

¹⁶ Rispettivamente Corte cost. 25 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 21; 12 maggio 1982, n. 92, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1302; nello stesso senso di recente Corte cost. 30 luglio 1984, n. 231, in *Foro it.*, 1985, I, c. 46.

¹⁷ Lungo questa linea si vedano anche, ad es., Corte cost. 22 giugno 1971, n. 133, in

o vincolato, e gli altri proprietari di fondi aventi analoghi caratteristiche; e ciò sul presupposto che la normativa urbanistica riconoscerrebbe ancora, in via generale, il c.d. *ius aedificandi* come facoltà compresa nel contenuto del diritto di proprietà su aree 'urbane'.

3. *La pretesa nozione costituzionale di proprietà*

Entrambe le prospettive rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale incontrano un medesimo problema. Sia che si fondi la categorizzazione dei beni sulle caratteristiche c.d. naturali di essi, sia che la si desuma dal trattamento giuridico che la legge riserva a un certo tipo di beni, occorre stabilire quando l'intervento normativo assuma natura sostanzialmente espropriativa (riconducibile quindi al 3°, e non al 2° co. dell'art. 42). Per il primo orientamento, il criterio varrà a misurare il grado di compressione sul contenuto essenziale della proprietà sui beni rientranti nella categoria considerata; per il secondo, a misurare il grado di disparità del trattamento riservato ai titolari di diritti aventi a oggetto beni rientranti in un'unica categoria normativa.

Se un dato è emerso però con certezza dal dibattito¹⁸, è che la tematica stessa di un contenuto essenziale della proprietà (a prescindere dalla questione se sia o meno costituzionalmente garantito) non ha senso, se riferita alla nozione tecnico-giuridica di proprietà. Sia che la si costruisca come sintesi di facoltà non specificamente sottratte dalla legge, sia come pienezza del godimento entro i limiti dell'ordinamento, non è possibile individuare un nucleo più intimo di poteri, del quale si possa predicare la coesistenzialità alla sostanza o alla natura del diritto di proprietà¹⁹.

Giur. cost., 1971, p. 1541; 20 febbraio 1973, n. 9, *ivi*, 1973, p. 41.

¹⁸ Fin da quello weimariano, in precedenza ricordato. Da noi il definitivo chiarimento scientifico è in GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., part. pp. 466 ss.

¹⁹ Se non nell'ipotesi (che parrebbe di scuola) in cui siano eliminati «del tutto» il potere di godimento, o di disposizione, o di escludere i terzi dal bene (LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1382). Diversamente M. COMPORI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 325 ss., per il quale il contenuto essenziale della proprietà andrebbe tratto dalla «comune nozione secondo cui l'istituto è conosciuto nella realtà sociale in un determinato momento storico»: con il che resta appunto aperto il problema di sapere in che cosa quella «comune nozione» consista. Del resto, anche con riferimento al problema dei limiti all'autonomia privata nella costituzione di diritti reali minori (v. Cass. 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2014), si era giunti alla conclusione dell'irrelevanza (se non in termini ideologici) di un'impostazione in termini di contenuto essenziale

Ma tali critiche nemmeno sfiorano la logica della giurisprudenza costituzionale, che si colloca su un piano del tutto differente; per essa, il contenuto essenziale della proprietà è un dato meramente economico²⁰, che riguarda la «utilità», il «valore» patrimoniale che ha il bene per il titolare²¹.

Ciò può rilevarsi sotto differenti profili. Anzitutto, è appunto nella differenza tra il valore che il bene ha in presenza della legge censurata, e quello che avrebbe sul mercato se la legge non ci fosse, che risiede il criterio concretamente adottato dalla corte per stabilire se la proprietà sia stata lesa nella sua sostanza. Nelle sentenze riconducibili all'interpretazione che potremmo definire estrema della garanzia, il raffronto è con il valore che il bene avrebbe in un mondo mitico dove fra il proprietario e la cosa non si frapponga alcuna regolazione giuridica; dove prevale l'interpretazione moderata, il raffronto è più concretamente con il valore che un bene analogo ha per altri e più fortunati proprietari.

In secondo luogo, se la garanzia attenesse al contenuto giuridico del diritto (alle facoltà comunque riservate al proprietario), la violazione dovrebbe comportare l'illegittimità *tout court* della norma lesiva della sfera di poteri riservata a lui; e non già la legittimità, subordinata al pagamento di una somma di denaro²². Infine, solo il carattere economico assegnato alla garanzia spiega la giurisprudenza sull'ammontare dell'indennizzo: deve trattarsi di un serio ristoro del pregiudizio economico subito dal proprietario²³.

Non è paradossale osservare che argomenti e tecniche della giurisprudenza costituzionale richiamano, molto più che le difese 'reali' della proprietà, la tematica aquiliana (cioè appunto l'istituto tradizionalmente apprestato dal diritto civile come garanzia dei valori patrimoniali del pri-

(P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, pp. 109 ss.).

²⁰ Quando invece assuma rilievo il profilo dei poteri concretamente attribuiti al titolare, il parametro di riferimento della giurisprudenza costituzionale si sposta sull'art. 41: dal quale ad es. argomenta Corte cost. 7 maggio 1984, n. 138, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1163, per escludere la legittimità della conversione in affitto dei contratti agrari associativi quando il concedente possa altresì qualificarsi 'imprenditore'.

²¹ Così testualmente SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 472. In tal modo, si identifica «l'oggetto della protezione costituzionale non con un interesse quale risulta dalla sua formalizzazione in una categoria giuridica data e determinata, bensì con un interesse quale si desume dalla osservazione della realtà economica» (RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 323).

²² Né l'alternativa appare troppo radicale; ché – semmai – si potrebbe piuttosto dire che nei casi in cui la finalità sociale richieda una radicale compressione dei poteri del proprietario, occorre un provvedimento formale di espropriazione in senso tecnico (così LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., p. 1387).

²³ Da ultime, Corte cost. 5/1980 e 231/1984, cit.

vato). Per effetto dell'intervento legislativo, il proprietario può subire un 'danno'; l'esistenza e la misura di questo sono determinate con riferimento alla differenza negativa nel suo patrimonio prima e dopo la lesione; al proprietario è dovuto un 'risarcimento' tendenzialmente commisurato all'entità di quella differenza.

Nella versione estrema della giurisprudenza, questo schema è presente allo stato quasi puro. Ne emerge un 'modello' giuridico di proprietà?²⁴ Parrebbe di no, perché l'unico che potrebbe concretarlo è quello giusnaturalistico della proprietà come entità prenormativa: solo a questo potrebbe commisurarsi un discorso che identifica la sostanza della tutela con il valore di mercato che il bene avrebbe, in assenza della disciplina che invece su esso insiste. E questo non è, evidentemente, un modello proprietario, ma solo un argomento retorico finalizzato a determinati esiti operativi.

L'orientamento in parola, in realtà, si fonda su una base differente, ancorché per lo più implicita. Esso può giustificarsi solo supponendo la vigenza di un principio costituzionale che garantisca il privato nei confronti di conseguenze economiche negative derivanti da decisioni prese da pubblici poteri: un principio che, di per sé, non presuppone che il valore patrimoniale inciso debba ricondursi a una situazione proprietaria in senso tecnico²⁵.

L'esistenza di un principio siffatto fu al centro di accese discussioni al tempo dell'abolizione delle prerogative e dei privilegi feudali²⁶; la controversia fu sopita nell'era del predominio della borghesia proprietaria; riemerse poi – e se ne dibatte in altre esperienze contemporanee²⁷ – con il moltiplicarsi delle funzioni di intervento nell'economia, proprio dell'odierno stato sociale.

È molto dubbio che quel principio possa essere rinvenuto nella norma-

²⁴ Per riprendere il quesito di cui sopra, nota 3.

²⁵ Di un «diritto all'integrità del patrimonio» come implicito fulcro della giurisprudenza costituzionale parla G. REBUFFA, *La questione proprietaria*, in *Sociologia dir.*, 1982, p. 111.

²⁶ Cfr. H. RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem*², Darmstadt, 1976, pp. 192 ss., con riferimento alla legislazione antifeudale della rivoluzione francese e a quella prussiana dei primi decenni dell'800.

²⁷ L'idea dell'estensione delle garanzie proprietarie alle «nuove proprietà» connesse alle nuove funzioni dello stato contemporaneo è al centro del noto saggio di C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law J.*, 73 (1964), pp. 733 ss. (sul quale v. ampiamente RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 33 ss.) e ha dato vita nell'esperienza nordamericana a un significativo dibattito: cfr. soprattutto F. MICHELMAN, *Property, Utility and Fairness*, in *Harvard Law R.*, 80 (1967), pp. 1165 ss.; B. ACKERMAN, *Private Property and Constitution*, New Haven, 1977; G.S. ALEXANDER, *The Concept of Property in Private and Constitutional Law*, in *Columbia Law R.*, 82 (1982), pp. 1545 ss. V. anche oltre, nota 31.

tiva della nostra costituzione²⁸. Per origini storiche, impianto sistematico, rilevanza preminente assegnata all'eguaglianza sostanziale e a valori non possessivi, la carta costituzionale è orientata in una direzione diversa dalla tutela pervasiva delle situazioni patrimoniali²⁹.

In realtà, della 'nozione' di proprietà la costituzione nulla dice; e non perché rimandi a quella del codice e della tradizione giuridica, ma perché tale è l'esito del tipo di disciplina che la carta fondamentale ha dettato. In essa sono posti i principi regolatori dell'attività normativa di conformazione di situazioni, le quali possono qualificarsi di 'proprietà privata' in base a criteri che non sono però dati nel testo costituzionale medesimo. E ciò appunto perché al legislatore ordinario è affidata anche la competenza a definire quei criteri. «È vano, dunque, inseguire una nozione costituzionale di proprietà: esistono soltanto regole che definiscono le condizioni di base da osservare per garantire la corrispondenza degli statuti proprietari al quadro costituzionale»³⁰.

In definitiva, di una nozione costituzionale di proprietà «allargata»³¹ (resa cioè tale da comprendere ogni interesse privato patrimonialmente rilevante) può parlarsi solo in senso metaforico (e tecnicamente improprio). I problemi (e l'asserito principio costituzionale di cui si è detto) a essa sottesi non riguardano la proprietà come specifica situazione soggettiva, ma piuttosto l'uso – estraneo al linguaggio giuridico-normativo, ma proprio di quello politico, sociologico ed economico³² – del termine 'proprietà' per indicare ogni forma di ricchezza degli individui. Se poi si conclude che nel testo costituzionale non è possibile rinvenire un principio generale di garanzia dei valori patrimoniali dei privati, quella nozione si rivela del tutto inconsistente.

²⁸ Cfr. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 338 s.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, II, Genova, 1979, pp. 53 s. A favore, invece, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*⁶, Milano, 1983, pp. 535 s.

²⁹ I profili di rilevanza delle vere questioni sottese alla tematica di cui nel testo andrebbero piuttosto ricondotti a un altro strumentario, e per tale via altresì ridimensionati. Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; e, per un'attenzione in termini non esclusivamente garantistici, D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971, part. pp. 254 ss.

³⁰ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 383.

³¹ Di una nozione 'allargata' di proprietà si parla appunto nell'esperienza della Germania federale: cfr. F.C. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*¹⁰, München, 1981, pp. 121 ss.; A. VON BRÜNNECK, *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, Baden Baden, 1984, pp. 171 ss.; sulla proprietà «nel senso della Costituzione» v. P. HÄBERLE, *Vielfalt der 'Property Rights' und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff*, in *Arch. civ. Pr.*, 109 (1984), pp. 36 ss. Per l'analoga tematica nell'ordinamento francese cfr. F. ZENATI, *Sur la constitution de la propriété*, in *Rec. D. S., Chr.*, 1985, pp. 171 ss.

³² TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 352.

4. Principio di eguaglianza e garanzia della proprietà

Mutatis mutandis, considerazioni non dissimili possono svolgersi per il 'modello' di proprietà che potrebbe trarsi dalla versione della giurisprudenza costituzionale che abbiamo definita moderata. Si è già osservato che in essa il contenuto essenziale del diritto dovrebbe essere desunto dal regime dettato in via generale dal legislatore per determinate categorie di beni³³. A ben vedere, non ne emerge un modello di proprietà alternativo a quello civilistico; ché in effetti gli orientamenti più moderni lo costruiscono muovendo appunto dalla pluralità di statuti dei beni³⁴, e dall'analisi dei poteri che concretamente, e di conseguenza, spettano al titolare.

In realtà, seguendo questa seconda prospettiva, l'esito della garanzia economica non può fondarsi sul modello proprietario in quanto tale, ma solo sulla rilevanza che in materia si assegni alla disparità di trattamento tra proprietari 'eguali' (perché titolari di diritti su beni rientranti, per effetto della tipizzazione legislativa, nella medesima categoria), e quindi alla violazione del principio di eguaglianza³⁵. È molto dubbio, tuttavia, che dal combinato tra l'art. 3, 1° co., e l'art. 42, 3° co, cost. possa trarsi una giustificazione convincente per decisioni che parrebbero dirette a garantire un eguale diritto di tutti i proprietari alle utilità economiche ricavabili dai beni. E ciò non tanto per l'indeterminatezza della nozione di limitazione 'singolare'³⁶, quanto perché in tal modo viene trascurato il più diretto parametro costituzionale di riferimento, che è il 2° co. dell'art. 42. In base a tale norma, la legge determina i modi di godimento della proprietà privata, al fine di assicurare la funzione sociale. Vi sono settori (e in particolare quello urbanistico) nei quali la determinazione del modo di godimento dei beni pur rientranti nella medesima categoria (ad es., in quella di area urbana non edificata), non può non essere organizzata secondo moduli che, anzitutto, differenzino anche profondamente il contenuto delle singole proprietà (ad es., in ordine al grado di edificabilità, che in alcuni casi sarà pari a zero), e, in secondo luogo, affidino all'attività amministrativa la concretizzazione

³³ V. sopra, note 8 e 9.

³⁴ V. oltre, num. 12.

³⁵ Cfr. già E. GUICCIARDI, *L'art. 42 della Costituzione e la svalorizzazione della proprietà privata*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, pp. 97 s.; poi SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 484; A. GAMBARO, *'Ius aedificandi' e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, p. 355; R. SACCO, *La proprietà*, Torino, 1968, p. 138.

³⁶ Per tale critica v. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 481; e ampiamente SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, cit., pp. 105 ss.

delle scelte: altrimenti, la possibilità stessa di una pianificazione territoriale verrebbe meno³⁷.

Considerare una disciplina siffatta esclusivamente alla luce delle conseguenze economiche per i proprietari significa svuotare di contenuto il precepto costituzionale della funzione sociale, il cui significato minimo³⁸ non può essere che di finalizzare la regolazione legislativa della proprietà 'anche' alla realizzazione di interessi diversi da quelli proprietari, che possono assumere rilievo e trovare soddisfazione solo attraverso una disciplina del tipo, appunto, pianificatorio. L'apparente 'realismo' che si è voluto vedere nell'orientamento della Corte (sia perché nega rilievo – e anzi in molte decisioni neppure più cita – alla funzione sociale, sia perché assumerebbe una nozione, appunto, 'realistica' – e, cioè non tecnico-giuridica – della proprietà) si mostra così, oltre tutto, espressione dell'incomprensione dei meccanismi economici connessi alla rendita fondiaria. È infatti in contrasto, prima ancora che con il dettato costituzionale, con la sostanza economica del problema, pensare ad es. che la disciplina dei suoli possa essere valutata alla luce unicamente di un criterio di tutela dell'eguale aspettativa dei proprietari alla rendita, senza «porre una relazione di eguaglianza rispetto ai non proprietari, che non partecipano al plusvalore dei suoli, ma lo finanziano attraverso la necessità di abitazioni e il bisogno di aree»³⁹.

Ciò non vuol dire che non esiste un problema che potrebbe definirsi di equità interproprietaria; che non può però essere impostato in termini di espropriazione sostanziale (e quindi di diritto del proprietario meno 'fortunato' a vedere il suo patrimonio reintegrato a spese della collettività),

³⁷ Cfr. L. BARSOTTI – F. SPANTIGATI, *Potere di piano e proprietà*, Torino, 1971; P. MAZZONI, *La proprietà procedimento*, Milano, 1975; G. MORBIDELLI, *La proprietà*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, pp. 868 s.

³⁸ V. oltre, numm. 9-11.

³⁹ H. RITTSTIEG, *Sull'evoluzione del concetto di proprietà dei suoli*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 419, con riferimento all'esperienza della RFT. Per una più ampia argomentazione nel senso del testo v. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 324 ss.; dove l'esatto rilievo che l'adozione di un modello 'economico' di proprietà avrebbe richiesto che «il controllo di costituzionalità fosse condotto considerando gli interventi legislativi ... nella loro complessiva valenza sociale», e non solo sotto il profilo dell'incidenza che ne derivi sulla rendita fondiaria (*ivi*, p. 328). Basterebbe del resto chiedere alla Corte costituzionale qualcosa di meno di una piena applicazione del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, 2° co., cost.*; e cioè almeno di tener conto di una tematica non certo eversiva come quella delle c.d. esternalità in materia proprietaria [v. per tutti i saggi raccolti a cura di B. ACKERMAN, *Economic Foundations of Property Law*, Boston-Toronto, 1975; alcuni sono tradotti in G. ALPA, M. BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, I, Padova, 1980, pp. 179 ss.; di recente S. ROSE-ACKERMAN, *Inalienability and the theory of property rights*, in *Col. L. Rev.*, 85 (1985), pp. 931 ss.].

ma di corretta interpretazione (e attuazione) della riserva di legge posta in materia proprietaria: e quindi alla luce del 2°, e non del 3° co. dell'art. 42⁴⁰.

5. Un modello autonomo di proprietà nella giurisprudenza della corte costituzionale?

In effetti, gli aspetti più deboli e criticabili della giurisprudenza costituzionale sembrano riconducibili a un comune vizio di origine: all'aver introdotto nell'art. 42, 2° co, cesure che nel testo della norma costituzionale non ci sono⁴¹. Questa, infatti, riconduce tutti gli elementi che menziona a un unico punto di riferimento, che è la legge: è alla legge che sono affidati il riconoscimento e la garanzia; è la legge che determina i modi di godimento e i limiti; è la legge che ciò è chiamata a fare allo scopo di assicurare la funzione sociale. Sì che è solo muovendo dal nesso tra i tre elementi della norma (la garanzia, la riserva di legge e la funzione sociale) che possono correttamente individuarsi i «limiti al legislatore»⁴², nei quali si risolve la portata garantistica del dettato costituzionale.

In ogni caso, e al di là delle valutazioni critiche che si sono espresse, pare che possa confermarsi quanto già si era osservato in via di ipotesi; che cioè dalla giurisprudenza costituzionale non può desumersi un modello sistematico di proprietà alternativo a quello risultante dal coordinamento tra norme costituzionali, disciplina del codice e direttive principali della legislazione c.d. speciale.

Come si è appena visto, infatti, una razionalizzazione degli argomenti e degli esiti di quella giurisprudenza può condurre a due risultati, nessuno dei quali ha a che fare con la nozione tecnico-giuridica di proprietà. Se sviluppata nella direzione coerente alle implicazioni più favorevoli agli interessi proprietari, la giurisprudenza della corte può giustificarsi solo ritenendo esistente in costituzione un principio generale che tuteli, nei confronti degli interventi pubblici, i valori economici acquisiti al patrimonio del privato

⁴⁰ V. oltre, num. 6.

⁴¹ Anche sotto questo aspetto la formulazione della legge fondamentale della RFT è differente (né ciò può stupire, per la differente origine politica, sociale e culturale dei due testi). Si cfr. la formulazione dell'art. 14 GG: «I. La proprietà e il diritto ereditario sono garantiti. Contenuto e limiti sono stabiliti dalle leggi. II. La proprietà impone obblighi. Il suo uso deve servire anche al bene della collettività».

⁴² Un accenno in GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 472; e v. oltre, num. 10.

al tempo dell'intervento. Se invece si analizzano gli argomenti che variamente restringono la portata del principio garantistico, ci si avvede che essi assumono un significato coerente solo se riferiti a limiti al potere legislativo estranei a un preteso contenuto essenziale del diritto e connessi invece al significato da attribuire in materia proprietaria al principio di eguaglianza e alla riserva di legge.

Da entrambi i punti di vista, e pur tenendo conto degli incisivi «effetti invalidanti»⁴³ della giurisprudenza costituzionale, pare che da questa emerga, più che un modello di proprietà, una tendenza istituzionale che può ostacolare o ritardare⁴⁴ la coerente attuazione del tipo di disciplina che emerge dal dettato costituzionale, ma non porne in discussione il primato, sul piano delle valutazioni critico-sistematiche⁴⁵.

6. Riserva di legge e garanzia della proprietà

Si è già accennato alla centralità che assume, nella disciplina dell'art. 42, 2° co., cost., l'attribuzione di competenza al legislatore. Occorre ora soffermarsi sul rapporto tra tale elemento e, da un lato, il momento della garanzia (la proprietà privata è «garantita *dalla legge*»), dall'altro, quello della funzione sociale.

Quanto al primo punto, è stato più volte segnalato – per aderire⁴⁶ o per dissentire⁴⁷ dalla tesi – che la riconduzione integrale della portata garantistica della norma alla riserva di legge porterebbe alla conclusione che la garanzia costituzionale della proprietà privata è solo formale, o procedimentale. La dimensione critica di un tale rilievo parrebbe prevalente, a un primo esame dei concreti caratteri rivestiti dalla riserva *ex art.* 42, 2° co.⁴⁸.

È certo, anzitutto, che essa ha carattere relativo e non assoluto⁴⁹; sono

⁴³ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 363.

⁴⁴ In ciò certo agevolata dalla «debolezza dell'intervento legislativo ... con i suoi ritardi e le sue incertezze» (RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 364).

⁴⁵ Cfr. BRECCIA, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, cit., p. 369.

⁴⁶ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 354; e già MOTZO, PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, cit., pp. 175 s.

⁴⁷ BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, cit., pp. 305, 311.

⁴⁸ Cfr. SACCO, *La proprietà*, cit., p. 61 ss.; GAMBARO, *Ius aedificandi' e nozione civilistica della proprietà*, cit., p. 403.

⁴⁹ Sul punto non esistono dubbi: Corte cost. 14 maggio 1966, n. 38, in «Giur. cost.», 1966, p. 686; 11 maggio 1971, n. 94, *ivi*, 1971, p. 1062; e cfr. SORACE, *Espropriazione*

quindi legittimi interventi restrittivi posti (non solo dalla, ma anche) in base alla legge⁵⁰. Se poi si considera che nella disciplina legislativa è largamente usato il modulo della c.d. conformazione amministrativa delle singole situazioni proprietarie, la portata garantistica per il privato della riserva di legge (se mai è esistita)⁵¹ parrebbe oggi evanescente. È noto, d'altra parte, che si tende in effetti a porre a base della riserva di legge, più che il profilo garantistico, quello democratico, per il quale le decisioni 'di maggiore importanza' vanno affidate agli organi che siano diretta espressione della sovranità popolare⁵².

Pare tuttavia difficile dubitare della funzione di effettiva garanzia per il privato (ancorché concorrente con quella di concretizzazione del principio democratico) che ancora oggi svolge la riserva di legge⁵³. E il carattere non meramente 'formale' di tale garanzia emerge ove si consideri che la riserva di legge si traduce in una limitazione della discrezionalità amministrativa, che assicuri l'imparzialità dell'attività dei pubblici poteri: secondo una linea di lettura che la giurisprudenza costituzionale ha, in altri settori, correttamente individuato⁵⁴.

In altri termini, la norma di legge che attribuisce alla amministrazione il potere di concretamente conformare le singole situazioni proprietarie dovrà essere strutturata in modo tale, da impedire che le diversità di trattamento – che necessariamente ne discendano – abbiano carattere arbitrario⁵⁵. Da

della proprietà e misura dell'indennizzo, cit., pp. 246 ss.; LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., pp. 1389 ss.

⁵⁰ Com'è noto, più complessa è peraltro la sostanza della distinzione, che sembra tradursi nel dato quantitativo del maggiore o minore ambito che può dal legislatore essere rimesso, all'interno della materia riservata, alla competenza delle fonti secondarie [cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in AMATO, BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 156].

⁵¹ Ne dubita S. FOIS, *La «riserva di legge»*, Milano, 1963, pp. 80 ss.

⁵² A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 65. Per la riconduzione del principio democratico alla tutela del rapporto maggioranza-opposizione v. FOIS, *La «riserva di legge»*, cit., pp. 295 ss. Sulla funzione di 'pubblicità' (consistente nell'assicurare il controllo dell'opinione pubblica sulle decisioni dei soggetti istituzionali) v. da ultimo M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 147 ss.

⁵³ In tal senso, e con riferimento ai rapporti economici, v. di recente F. GALGANO, sub art. 41, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, cit., pp. 42 s.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in AMATO, BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 921.

⁵⁴ Cfr. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 153 s.

⁵⁵ Cfr. sul punto SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, cit., pp. 473 ss.; ID., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II, pp. 86 ss.; RODOTÀ,

questo punto di vista, il significato garantista della riserva di legge si avvicina certo a quello generalmente derivante dal controllo di c.d. ragionevolezza, che la corte costituzionale opera in base all'art. 3 cost.⁵⁶. E in effetti pare che appunto solo in tal senso il principio di eguaglianza rilevi nella nostra materia, e non al fine di assicurare un diritto di tutti i proprietari a trarre dal proprio bene le medesime utilità economiche.

7. Riserva di legge e funzione sociale: le letture della dottrina

L'altro enunciato normativo che si accompagna alla riserva di legge è quello della funzione sociale: l'attribuzione di competenza legislativa in materia di proprietà privata è finalizzata allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

Dell'importanza di tale principio è difficile dubitare⁵⁷; meno agevole, nonostante l'ampio dibattito, è coglierne con precisione significato e portata.

Volendo tentare una sintesi delle posizioni dottrinali al riguardo, può anzitutto segnalarsi quella – largamente prevalente nella prima fase postcostituzionale⁵⁸ – che, nel riproporre il modello codicistico, espunge più o meno esplicitamente il dato costituzionale. Ogni profilo funzionale è respinto come tecnicamente incompatibile con la natura del diritto soggettivo; al più si ammette che la proprietà privata, come del resto ogni 'istituto' giuridico, 'abbia' una funzione sociale, ché altrimenti il diritto se

Il terribile diritto, cit., p. 330; v. anche A. GAMBARO, *Contenuto giuridico del diritto di proprietà privata immobiliare*, in *La proprietà privata immobiliare. Atti del Convegno di studi, Urbino, 1-3 ottobre 1979*, Milano, 1981, pp. 96 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 185 s.

⁵⁶ Cfr. per tutti A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, in part. pp. 47 ss. per i rapporti tra principio di imparzialità e principio di eguaglianza.

⁵⁷ «L'enunciato relativo alla funzione sociale ... è uno dei più interessanti che si trovino nelle costituzioni del nostro tempo, ed una delle poche cose originali della nostra costituzione», secondo il giudizio di GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 471, che pare avvalorato dall'adozione di una formula non dissimile dall'art. 33, 2° co., della recente costituzione spagnola.

⁵⁸ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 865; G. GROSSO, *Formule, schemi e prospettive dell'odierna teoria giuridica della proprietà*, in *Dir. econ.*, 1957, pp. 1007 ss.; G. PESCATORE, *Considerazioni sul «diritto» di proprietà*, in *Studi giuridici F. Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 1262; L. CARIOTA FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, II, p. 224.

ne disinteresserebbe⁵⁹.

A questo si contrappone l'orientamento⁶⁰ che sottolinea invece la portata innovativa del riferimento costituzionale alla funzione sociale, sia sul piano sistematico che su quello normativo. Dal primo punto di vista, la funzione sociale appare categoria idonea a superare i limiti che la costruzione tradizionale⁶¹ mostra a fronte dei dati nuovi dell'ordinamento (e si segnala la crescente importanza della legislazione c.d. speciale rispetto alla disciplina del codice); si prospetta così un modello nel quale il profilo funzionale viene recepito nella struttura della situazione. Sul piano normativo, si sottolinea la portata immediatamente precettiva del principio; fino a ritenere possibile un controllo giudiziale sull'esercizio antisociale del diritto mediante la tecnica dell'abuso⁶². La sintesi dei due aspetti (sistematico e normativo) è individuata nel mutato carattere dell'attribuzione: a quella incondizionata del sistema precedente (nel quale il titolare è in via di principio libero nel determinare l'uso dei poteri attribuiti) la costituzione avrebbe sostituito un'attribuzione istituzionalmente condizionata al perseguimento, oltre che dell'interesse privato, di generali esigenze di ordine sociale⁶³.

In una fase successiva, emerge un orientamento⁶⁴ che critica entrambe

⁵⁹ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 862; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965, pp. 170 s.

⁶⁰ Il riferimento è naturalmente al classico studio di PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit.; e all'approfondita ricerca di S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, ora riprodotta in ID., *Il terribile diritto*, cit., pp. 161 ss. (in questo volume anche le successive indagini dell'a. sul tema). Né può dimenticarsi il corso di lezioni di NATOLI, *La proprietà*, cit. (la prima prima ediz. è del 1965). Di recente a tale orientamento si è ricollegato, pur con personali varianti, A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980.

⁶¹ Soprattutto la critica della nozione di «limite della proprietà» (come «espediente tecnico» che consente di mantenere in vita la concezione tradizionale della proprietà nel suo «contenuto normale», sistemando in esso tutte le molteplici varianti di proprietà che l'ordinamento positivo conosce) è centrale nella riflessione di Pugliatti. Più problematica è invece la conclusione sulla funzione sociale: «si può dire che la proprietà (se già non è tuttavia) sia avvia ad essere (strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica) funzione sociale» (PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 278).

⁶² Cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., pp. 191 ss.; in proposito v. oltre, num. 11.

⁶³ Sul punto torna di recente RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., part. p. 406.

⁶⁴ Il punto di partenza di tale orientamento è in due monografie pubblicate intorno alla metà degli anni '60: F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967; e M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967. A conclusioni sostanzialmente non diverse – ma nella prospettiva di una critica della «mistificazione» che la funzione sociale introduce in un ordinamento fondato sull'appropriazione privatistica dei beni economici – giungeva A. DI MAJO, *Incidenza*

le posizioni che si sono ora riassunte. La concezione tradizionale è respinta non come espressiva di ordinamenti ormai superati, ma perché non valida sul piano scientifico già al tempo della sua formulazione. La proprietà privata sarebbe sempre stata connotata, nella sua struttura, da una disciplina variamente restrittiva dei poteri del titolare, l'idea del diritto tendenzialmente illimitato non essendo che un presupposto dommatico in contrasto con la realtà dell'ordinamento. Ne segue la svalutazione del carattere innovativo del dato costituzionale: l'art. 42 si sarebbe limitato a tradurre in termini di assetto costituzionale un'indicazione già perfettamente inserita nell'ordinamento. «La funzione sociale torna così a svolgere un ruolo esterno, di ispirazione nei modi di concreta conformazione della proprietà»⁶⁵.

Intorno ai tre punti di vista ora riassunti (d'altronde con inevitabile schematismo), ancora oggi si articolano le ricostruzioni della nozione di proprietà⁶⁶.

della pianificazione urbanistica sull'assetto proprietario dei suoli, in *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, I, Milano, 1971, pp. 221 ss. Tra gli studi più recenti, riconducibili a tale orientamento, si segnala GAMBARO, *'Ius aedificandi' e nozione civilistica della proprietà*, cit., pp. 396 ss.; ID., *La proprietà edilizia*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 7, Torino, 1982, pp. 484 ss.

⁶⁵ ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., pp. 228, 236; ma v. anche COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 100 s.; GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 490.

⁶⁶ Una conferma si può trarre dalla lettura della manualistica più accreditata. L'orientamento tradizione si rinviene in A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1985, dove la critica all'inerenza della funzione al diritto soggettivo; la prima andrebbe semmai riferita ai beni (su tale prospettiva v. oltre, num. 12), mentre «la proprietà rimane attribuzione esclusiva di un bene al titolare del diritto per il suo interesse e costituisce essenzialmente un'affermazione di libertà» (p. 402 ss.). Analoga è la posizione di F. GALGANO, *Diritto privato*³, Padova, 1985: il diritto di proprietà è analizzato «secondo la definizione che ne dà il nostro codice civile sulla base di una consolidata tradizione» (p. 101 ss.); in seguito si sottolinea l'incompatibilità tecnica tra diritto e funzione, e che pertanto la funzione sociale va riferita non al diritto ma «alle cose oggetto di proprietà privata» (p. 119); si ammette però in base al principio costituzionale l'applicazione analogica delle norme restrittive (*ivi*; in proposito v. oltre, num. 10).

Nell'orientamento intermedio si pongono A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*¹², Milano, 1985, pp. 322 ss., e TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pp. 525 ss., che segnalano il nesso tra funzione sociale e potere del legislatore di variamente determinare il contenuto delle situazioni proprietarie.

La più larga adesione allo «sforzo ammirevole per collocare la funzione sociale nel sistema, anzi per ricostruire quest'ultimo alla luce del principio nuovo», è in P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*⁶, Napoli, 1984, pp. 487 ss. (p. 494 per la cit.).

8. *Alle origini della funzione sociale*

Prima di tornare sul senso e le implicazioni del dibattito, conviene accennare a quelle che sembrano le ragioni di fondo dell'indubbio disagio con cui la cultura giuridica ha accolto l'indicazione costituzionale (e del che ancora si avvertono i segni). Va ricordato anzitutto come la funzione sociale sia formula che ha origini da un lato non giuridiche (radicandosi piuttosto nel pensiero politico e sociale) e dall'altro estranee alla concezione e alle categorie liberali, intorno alle quali si è costruita la sistematica del diritto privato moderno. Per entrambe le ragioni, può accadere che venga avvertita come una sorta di corpo estraneo ai principi e agli strumenti civilistici; ed in ciò è certo una non secondaria causa del suo travagliato destino, sia nel periodo precedente la codificazione del 1942, sia in quello postcostituzionale.

Vi è poi la ricorrente perplessità che suscita una formula che appare vaga e indeterminata. E tale rilievo parrebbe avvalorato dalla pluralità di filoni cui originariamente si ricollega, in quel pensiero politico e sociale cui si è accennato. Di funzione sociale della proprietà si parla dai reazionari tedeschi del secolo scorso⁶⁷ come dalla dottrina sociale cristiana⁶⁸, dai riformisti moderati della seconda internazionale⁶⁹ come dall'orientamento industrialistico e antiliberistico⁷⁰ che sfocia poi in Italia nel corporativismo

⁶⁷ Come in Stahl (sulla critica del quale alla concezione kantiana della proprietà v. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, rist., Torino, 1971, pp. 274 s.), e in genere in quel filone autoritario e paternalistico che attraversa la cultura germanica del secolo scorso, e di cui forti tracce restano nella critica di von Giercke all'ipotesi di codificazione civile poi sfociata nel BGB (O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889).

⁶⁸ A sua volta articolato in molteplici e plurivalenti espressioni, variamente ispirate al tomismo (v. J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobilières*, Paris, 1981, pp. 582 ss.; cfr. V.E. CANTELMO, *Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 330 ss.), e che vanno da un corporativismo reazionario (cfr. G. LEPOINTE, *Le concept de la propriété dans le Code civil*, in *Etudes dr. contemp.*, VI, Paris, 1962, p. 107) alle dottrine progressive del comunitarismo, da Maritain a Mounier al codice di Malines (cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 494; v. anche RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 202 ss.).

⁶⁹ Lo scritto di K. RENNER, *Gli istituti di diritto privato e la loro funzione sociale* (ora in trad. it., Bologna, 1981; v. part. pp. 208 ss.) è del 1904 (seconda ediz. del 1929). Ovvio è poi il riferimento alla costituzione di Weimar.

⁷⁰ È qui significativo il richiamo a Duguit, che si richiama a sua volta a Comte (L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, pp. 147 ss.), cioè a un filone di pensiero diretto a contrastare, dal punto di vista dell'industrialismo, le posizioni liberistiche. Sulla dottrina della *fonction social* nell'esperienza francese v. TRIGEAUD, *La possession des biens immobilières*, cit., pp. 579

produttivistico degli anni '30⁷¹.

Ma forse proprio da queste origini così diversificate può trarsi un primo elemento per la connotazione contenutistica della formula. Gli orientamenti ora ricordati sono in effetti accomunati da una duplice polemica: da un lato, con la concezione individualistica della proprietà come potere tendenzialmente illimitato; dall'altro, con le tendenze che radicalmente mettono in discussione la forma privata dell'appropriazione in quale tale⁷². Alle origini della funzione sociale è insomma la ricerca di una soluzione intermedia tra liberismo e collettivismo; mentre poi tra i filoni di pensiero ricordati un più o meno profondo dissenso sorge quando si tratti di delineare il tipo di 'socialità', nel quale la revisione anti-individualistica della categoria proprietaria dovrebbe sfociare.

Che nell'ispirazione ideale della nostra costituzione – per le sue matrici politiche e culturali – sia prevalente appunto il rifiuto tanto della concezione liberistica dei rapporti economici, quanto di una prospettiva legata alla nazionalizzazione dei beni economici, dovrebbe essere fuori dubbio. Resta da vedere se a questo duplice rifiuto si accompagnino indicazioni positive, sufficienti – per quanto qui interessa – a fondare quella revisione in senso funzionale della categoria, affermata – come si è ricordato – da significativi settori della nostra civilistica.

Una recente e argomentata ricostruzione delle origini della formulazione adotta dalla costituente⁷³ offre elementi sicuri per cogliere il senso delle scelte che furono allora compiute: scelte certamente di compromesso⁷⁴,

ss.; sul concetto di *soziale Funktion* nella giurisprudenza costituzionale della RFT v. HÄBERLE, *Vielfalt der 'Property Rights' und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff*, cit., pp. 68 ss.

⁷¹ Sulla funzione sociale nel periodo fascista v. ampiamente C. SALVI, *Le immissioni industriali*, Milano, 1979, pp. 159 ss.

⁷² Come nel movimento operaio più conseguentemente marxista: si v. la critica a Duguit e Renner di P. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, tr. it., Torino, 1967 (gli scritti raccolti vanno dal 1921 al 1927), pp. 128 s., 424 ss. (i due aa. «sono semplicemente dei truffatori che si mascherano» – p. 428 –; la crudezza dell'attacco si spiega con il fine dello scritto, diretto proprio a confutare la recezione della funzione sociale da parte di alcuni autori sovietici).

⁷³ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 259 ss.

⁷⁴ Dal rilievo che la costituzione «non nasconde affatto la sua origine squisitamente politica», e che «alla sua formulazione si è giunti sovente attraverso sottili alchimie di compromessi, tendenti a conciliare punti di vista, sovente, diametralmente opposti», si giunge spesso a concludere che la normativa proprietaria sia ambigua e disponibile alle più diverse interpretazioni, e quindi inapplicabile e non utilizzabile in sede di ricostruzione scientifica (cfr. G. B. FERRI, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*,

ma che vanno appunto intese alla luce di una considerazione del *contenuto* del compromesso raggiunto in quella sede dalle maggiori forze politiche, e tradottosi in formulazioni normative peculiari ma meno vaghe di quanto talvolta sia apparso.

Il primo dato da considerare è che all'abbandono dell'idea di una soluzione radicale della questione proprietaria attraverso lo strumento delle nazionalizzazioni, non corrispose l'adozione di una disciplina di impronta fortemente garantista (e d'ispirazione fors'anche più giusnaturalistica che liberale classica), come quella che negli stessi anni viene adottata nella legge fondamentale di Bonn⁷⁵. Pesano non solo i differenti rapporti di forza politici e sociali, ma anche l'atteggiamento del partito cattolico: nel quale si manifesta certo un progressivo spostamento dalle iniziali venature anti-capitalistiche all'esigenza di introdurre una forma di garanzia che escluda la possibilità di cancellare in futuro la proprietà dal sistema economico; ma senza che l'impostazione iniziale – con la forte sottolineatura dell'elemento sociale e di accenti finalistici – venga eliminata del tutto.

Si determina così la possibilità di una sostanziale convergenza tra cattolici e sinistra su una soluzione, per la quale può forse considerarsi ancora valida la nota tesi di Calamandrei⁷⁶, almeno nel senso che la questione proprietaria rimase aperta, non essendo esclusa per il futuro la possibilità di mutamenti più radicali di quelli che sembravano al momento possibili⁷⁷. Una soluzione di compromesso, dunque; ma tale rilievo, come si accennava, lascia aperto il problema centrale, che è quello della forma e della portata che il compromesso assunse. Può dirsi che il 'compromesso' si tradusse normativamente, in primo luogo, nel ricorso alla tecnica della riserva di legge (che consente di 'rinviare' al legislatore futuro la questione

in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., pp. 39 s., 47 s.). Sembra però necessario non limitarsi a constatare l'esistenza di un compromesso, ma individuare quale, del compromesso, sia stato il contenuto. Del resto, l'idea di compromesso è connaturata alle democrazie contemporanee: dove compromesso significa risoluzione di un conflitto mediante una norma che non è totalmente conforme agli interessi di una parte, né totalmente contraria agli interessi dell'altra (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano, 1952).

⁷⁵ Mediante l'assunzione della proprietà a diritto fondamentale, garantito nel suo contenuto essenziale.

⁷⁶ «Per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere una rivoluzione promessa» (P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, II, Firenze, 1966, p. 461). Il giudizio è stato di recente criticato da LUCIANI, *La produzione economia privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 130, n. 153: «la rivoluzione (legale) è già scritta in costituzione, e sono semmai i suoi frutti, che sono 'promessi'».

⁷⁷ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 280 ss.

‘accantonata’); ma, altresì, nel duplice nesso tra potere legislativo e garanzia, e tra potere legislativo e finalità sociale.

Del primo aspetto già si è parlato⁷⁸; quanto al secondo, si può anzitutto osservare che le fonti ideali della funzione sociale furono complesse: certamente il pensiero sociale cattolico e l’esperienza di Weimar⁷⁹; ma è difficile dubitare che la formula fosse non estranea alla cultura giuridica dei costituenti (autorevolmente rappresentata nell’assemblea) anche per il dibattito degli anni ’30, che precedette la nuova codificazione civile⁸⁰.

La tecnica della riserva di legge ‘rafforzata’ da un’indicazione di scopo⁸¹, adottata dall’art. 42, consentiva d’altra parte di superare l’alternativa di fronte alla quale si era trovato il codificatore del 1942, e che lo aveva condotto ad abbandonare l’idea di inserire la funzione sociale nell’art. 832. Com’è noto, quell’alternativa può così riassumersi: come formula riassuntiva della legislazione che variamente restringe i poteri del proprietario, la funzione sociale è inutile; come norma immediatamente operante in via generale è pericolosa, introducendo la possibilità di controlli sugli atti di esercizio del diritto da parte del giudice o dell’amministrazione, senza la mediazione della legge.

All’interno del sistema delineato dalla costituzione, è difficile ridurre la funzione sociale a inutile formula riassuntiva della normativa proprietaria⁸². La critica si attagliava all’ordinamento precostituzionale, nel quale i «principi generali» si desumono coerentemente (e solo) dalle norme di leggi vigenti. In una carta fondamentale con una spiccata connotazione ‘programmatica’, invece, i principi costituzionalizzati⁸³ possono porsi (e spesso si pongono) in contrasto con quelli che sono concretamente i caratteri della normativa posta dalla legislazione ordinaria nel settore cui il principio

⁷⁸ V. sopra, num. 6.

⁷⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 33 ss.

⁸⁰ Sul quale v. ampiamente SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 175 ss.

⁸¹ V. oltre, num. 10.

⁸² Secondo la tesi ripresa dall’orientamento di cui sopra, nota 64; di recente V. SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell’economia*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 236.

⁸³ V. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pp. 184 ss.; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 320 ss.; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 100 ss.; e cfr. i rilievi di C-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 180 (1984), pp. 202 ss., part. pp. 222 ss. Diversamente R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, nel *Commentario del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 260 ss.; N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979, pp. 92 s. (con esplicito riferimento alla funzione sociale).

si riferisce⁸⁴. La finalizzazione dell'intervento legislativo non può dunque essere intesa nel senso che la disciplina data sia di per sé tale da «assicurare la funzione sociale»; interpretazione che contrasterebbe, oltre tutto, con l'argomento sistematico, in un testo che contiene norme come quelle degli artt. 3, 2° co., e 4, 1° co. E neppure pare soddisfacente una lettura per la quale l'elemento finalistico sia semplicemente rimesso alle decisioni del legislatore: anche per tal via la funzione sociale sarebbe in sostanza una formula vuota.

È anche vero, però, che la norma costituzionale non può essere interpretata come tale, da imporre immediatamente al proprietario di «godere e disporre della cosa ... in conformità della funzione sociale»⁸⁵. L'art. 42, 2° co., contiene infatti una riserva di legge (alla quale, come si è visto, è affidata altresì la garanzia delle situazioni proprietarie), ed esplicitamente quindi richiede al legislatore, e non in via immediata al titolare del diritto, lo svolgimento di un'attività finalizzata ad assicurare la funzione sociale della proprietà privata⁸⁶.

9. *Il problema della portata normativa e del contenuto della funzione sociale*

In sostanza, l'art. 42, 2° co., cost., introduce una duplice innovazione rispetto al modello delineato dall'art. 832 del codice civile.

Anzitutto, la ristrutturazione del rapporto tra poteri proprietari e ordinamento – già del resto avviata, rispetto alla concezione tradizionale, dell'art. 832 e dall'intero libro della proprietà⁸⁷ – è portata a compimento: alla legge compete non già solo di delimitare l'ambito, entro il quale si esercita il godimento pieno del titolare, ma di determinare positivamente i modi di godimento a lui consentiti⁸⁸.

⁸⁴ La questione è già chiaramente posta in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, part. p. 152; e v. oltre, num. 11.

⁸⁵ Secondo la formula proposta per la definizione della proprietà dal progetto della Commissione reale per il Codice civile del 1942. La formula fu respinta proprio per evitare che in tal modo si potesse introdurre un controllo diretto sull'esercizio dei poteri proprietari secondo le tecniche dell'abuso e dell'eccesso di potere (v. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 163 ss.).

⁸⁶ Sull'efficacia 'diretta' della funzione sociale v. però oltre, num. 11.

⁸⁷ V. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 174 ss.

⁸⁸ Cfr. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 470 s.; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 385.

Ma la competenza legislativa, poi, è istituzionalmente finalizzata all'obiettivo di «assicurare la funzione sociale» della proprietà privata: principio la cui portata può essere pienamente colta – come si è osservato – se lo si inserisce nel complesso del sistema delineato dalla costituzione. Per tale via è possibile intenderne il carattere – per riassumere i rilievi svolti in precedenza – di ‘programma’ per una legislazione da fare⁸⁹: e quindi non di norma immediatamente rivolta al privato, ma neppure di formula sintetica della normativa vigente.

Ciò non vuol dire – a quarant'anni dalla costituzione – che la fisionomia concreta della funzione sociale possa essere colta prescindendo dalla disciplina legislativa. Limitarsi a questo sarebbe riduttivo: e non tanto perché non potrebbe discenderne che la conclusione che «la funzione sociale della proprietà è sempre realizzata per definizione»⁹⁰; ma perché in tal modo vi è il rischio di perderne il carattere più originale (che informa del resto più luoghi della nostra costituzione), consistente appunto in una tensione tra valore (normativamente affermato in costituzione) ed effettività (della legislazione ordinaria vigente), che non si lascia esaurire nei consueti termini della ‘attuazione’ costituzionale⁹¹.

Proprio per tale ragione, piuttosto, nel ragionare sulla funzione sociale occorre attentamente distinguere il profilo prescrittivo (che attiene agli aspetti per i quali la previsione costituzionale ha un'incidenza precettiva diretta) da quello descrittivo (che riguarda la possibilità e il senso di una revisione sistematica del modello concettuale di proprietà, che riconduca l'elemento funzionale alla struttura della situazione). Tra i due profili vi è certo un nesso (la prescrizione costituzionale non può non rientrare nella descrizione del modello); la distinzione tuttavia ha il suo peso, e il trascurarla (sottovalutando gli elementi di discontinuità tra principio costituzionale e normativa ordinaria) può esporre gli orientamenti che sottolineano la portata innovativa della funzione sociale alle critiche, che in precedenza si sono ricordate⁹².

⁸⁹ V. di recente B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, pp. 81 ss.

⁹⁰ Così criticamente GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 485.

⁹¹ V. in proposito le stimolanti considerazioni di V. ONIDA, *L'attuazione della costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, part. pp. 591 ss.; e di G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 149 ss.

⁹² V. sopra, nota 64. La duplicità di piani non è risolta, a quanto pare, riconducendo entrambi al momento dell'attribuzione dei poteri al proprietario, nel senso che questa, per effetto della norma costituzionale «da incondizionata diventa condizionata» (RODOTÀ,

Dovrebbe essere ormai chiaro, nel considerare il profilo – che qui più interessa – della portata ‘normativa’ del principio costituzionale della funzione sociale, che una soluzione radicalmente negativa difficilmente potrebbe essere argomentata fondandosi sulla indeterminatezza della formula⁹³: ché altrimenti analoghe obiezioni dovrebbero valere per tutte le c.d. clausole generali⁹⁴.

È vero piuttosto, e già lo si osservato, che la norma in questione si qualifica essenzialmente come indicazione di scopo al legislatore, e per tale ragione si differenzia dalle classiche clausole generali civilistiche⁹⁵, destinate a direttamente operare nei rapporti interprivati. Questo dato – che certo non può essere pretermesso⁹⁶ – non implica però di per sé solo che la concreta determinazione della funzione sociale sia sempre e solo rimessa al legislatore, escludendosene ogni valenza normativa immediata⁹⁷ (salvo individuarne l’ambito e i limiti in modo congruo a quanto si è fin qui osservato).

Ogni sviluppo in questa direzione sarebbe precluso solo se si accogliesse

Il terribile diritto, cit., p. 312). Anzitutto, già nel sistema del codice del 1942 non pare che possa parlarsi di attribuzione incondizionata (sotto questo aspetto sono dunque da condividere i rilievi di ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., pp. 233 ss.). Inoltre perché di attribuzione condizionata si può parlare, appunto, in due diversi significati, a seconda che si noti l’esistenza di «interventi variamente conformativi del contenuto della proprietà in funzione dell’interesse sociale», oppure si sottolinei il principio per il quale «l’esercizio dei poteri proprietari non può comunque svolgersi in modo da contraddire il quadro funzionale all’interno del quale la specifica situazione proprietaria è inserita» (per usare le parole di RODOTÀ, *Il terribile diritto*, loc. cit.).

⁹³ Rilievo molto diffuso (v. già F. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1957, pp. 154 ss.; G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell’impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 622 s.).

⁹⁴ Il tema è ampiamente trattato nella recente e ricca ricerca di LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 77 ss., dove riferimenti; e v. già la sintesi di E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1972, XXII, Milano, pp. 235 ss.

⁹⁵ Sulle quali v. di recente L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, *ivi*, pp. 21 ss.

⁹⁶ Cfr. F. GALGANO, sub *art. 41*, cit., pp. 42 s.; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 7, Torino, 1982, pp. 209 s.

⁹⁷ Così da ultimo GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 490; ma l’idea è anch’essa diffusa (v. già V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 250; MOTZO, PIRAS, *Espropriazione e pubblica utilità*, cit., p. 182; e i rilievi critici di R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in «Enc. dir.», XII, Milano, 1964, pp. 908 s.; la funzione sociale si ridurrebbe così a una «formula vuota ... mera qualificazione verbale che il legislatore faccia di una situazione di fatto»).

l'antica tesi della inconoscibilità della funzione sociale⁹⁸. Tuttavia, se certo questa – come tutti i c.d. concetti-valvola – ha insita una disponibilità all'adeguamento dinamico da parte dell'interprete, è pur vero che «i principi-valvola che siano allo stesso tempo norme di scopo hanno, in una costituzione rigida, progressiva e – ancorché di compromesso – ispirata a un disegno unitario, una fortissima capacità di orientamento di tutti gli indirizzatori, siano essi soggetti pubblici che (ove possibile e necessario) privati»⁹⁹.

Conviene allora domandarsi anzitutto in che direzione e con quali contenuti si espliciti appunto la 'capacità di orientamento' della formula. E sembra in primo luogo da respingere l'idea che il contenuto del principio costituzionale possa essere desunto da quello recepito nella precedente esperienza giuridica, e quindi identificato con l'interesse alla massimizzazione della produzione¹⁰⁰. Anche se tale idea è talvolta riemersa nella giurisprudenza costituzionale¹⁰¹, è difficile dubitare che l'interesse suddetto non è di per sé classificabile tra i valori protetti in costituzione¹⁰². La preoccupazione per il latente corporativismo della formula, letta come se riproducesse l'ideologia produttivistica del proprietario-funzionario sociale¹⁰³, appare dunque eccessiva.

Più complesso discorso richiede la prospettiva che, pur riconducendo la funzione sociale alla massimizzazione della ricchezza, privilegia la dimen-

⁹⁸ Sulla quale v. i rilievi critici di RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 176 ss.

⁹⁹ LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 85; v. anche IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., pp. 190 ss.

¹⁰⁰ V. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 147 ss.

¹⁰¹ Come in Corte cost., 22 dicembre 1977, n. 153, cit., dove si parla di «funzione sociale e produttiva, sancita dagli artt. 42 e 44 della costituzione». Non mancano però usi più convincenti della formula per giustificare interventi restrittivi anche penetranti (v. ad es. Corte cost., 6 ottobre 1983, n. 300, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3148).

¹⁰² LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 139.

¹⁰³ Espresse ampiamente già da MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, cit., pp. 626 ss.; e in vari luoghi da F. GALGANO (v. ad es. *Il diritto privato fra codice e costituzione*², Bologna, 1983, p. 153), che propone di sostituirvi la formula – tratta dalla giurisprudenza della RFT – della protezione della proprietà privata come del mezzo per una «autonoma realizzazione della propria vita» (*ivi*, n. 12). Non pare però che le due espressioni siano fungibili: ché anzi se un elemento sicuro può trarsi dalla normativa costituzionale è nel rifiuto di quella connessione tra proprietà e persona, della quale può invece discorrersi per un testo diversamente orientato come la legge fondamentale di Bonn. Il collegamento tra funzione sociale, proprietà e valori della persona (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 496 ss.; C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, pp. 310 ss.) si mostra anzi non privo di ambiguità nella misura in cui propone una diversa fondazione delle tematiche garantistiche tradizionali.

sione collettiva del 'benessere'¹⁰⁴, ricorrendo a tal fine, nelle versioni più recenti, a una nozione di 'costo sociale', comprensiva di tutte le conseguenze economiche (c.d. esternalità) di determinate scelte, ricadenti sulla sfera privata come su quella collettiva¹⁰⁵. Il rilievo del «razionale sfruttamento» dei beni non è certo estraneo al dettato costituzionale (cfr. art. 44); nel quale però – se letto sistematicamente – assume un valore più di strumento (di efficienza anche economica rispetto ai fini perseguiti) che di fine in sé. Assumere l'efficienza economica come «valore in sé»¹⁰⁶ è possibile solo a prezzo di una lettura riduttiva della disciplina costituzionale dei rapporti economici, e dei nessi che la legano agli obiettivi di ordine generale definiti nei principi fondamentali della carta¹⁰⁷.

Il riferimento a tali obiettivi apre piuttosto la via verso quella che pare la soluzione più convincente. Ne deriva, anzitutto, che non tutti (e per ciò solo) gli interventi restrittivi dei poteri proprietari sono riconducibili alla funzione sociale¹⁰⁸. Ciò sarebbe possibile solo identificando l'interesse 'sociale' con un generico e indifferenziato interesse pubblico o generale; laddove da tempo si è segnalato¹⁰⁹ che nel c.d. stato pluriclasse gli interessi riferibili alla sfera pubblica sono eterogenei, e suscettibili di rilevanza costituzionale differenziata.

Il carattere 'autonomo' dell'interesse sociale rispetto all'interesse pubblico o generale va dunque colto alla luce della particolare qualità che il secondo assume, quando sia immediatamente riferibile a obiettivi costituzionalmente prioritari. Più che direttamente alle categorie sociali che si

¹⁰⁴ È questa la prospettiva seguita in un primo tempo da RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., part. p. 1272, e successivamente da lui modificata (v. oltre, nota 107); nonché da SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., pp. 243 ss.

¹⁰⁵ Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 534; GAMBARO, *La proprietà edilizia*, cit., p. 486; secondo un metodo che si ispira all'analisi economica del diritto (v. sopra, nota 39).

¹⁰⁶ Qualche più ampio rilievo, con riferimento ad altro tema, in C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 136 ss.

¹⁰⁷ Cfr. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, cit., pp. 1393 ss.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 131 ss.; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 405 s.

¹⁰⁸ Secondo un punto di vista che è invece diffuso nella pubblicistica (v. per tutti G.B. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974, pp. 55 ss.; MAZZONI, *La proprietà procedimento*, cit.), e talvolta presente nella giurisprudenza costituzionale (v. ad es. Corte cost., 5 luglio 1973, n. 110, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1259).

¹⁰⁹ M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1965, pp. 120 ss. V. di recente l'ampia rassegna di B. CARAVITA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, pp. 178 ss.

trovino in una situazione di fatto di inferiorità e soggezione¹¹⁰, l'interesse sotteso alla funzione sociale sembra imputabile alla società nel suo complesso¹¹¹; ma non nel suo effettuale assetto storico¹¹², bensì in quell'assetto ottimale che in vari luoghi (e soprattutto nell'art. 3, 2° co.) è rinvenibile come obiettivo dei compiti di trasformazione che la carta fondamentale assegna alla Repubblica¹¹³.

In sostanza, l'imputazione al legislatore del compito di conformare il contenuto della proprietà «al fine di assicurarne la funzione sociale» può essere colta in tutto il suo valore in una visuale complessiva della disciplina costituzionale. Ne discende, in primo luogo, che alla base di quell'imputazione è un giudizio (neppure troppo implicito) di potenziale conflittualità tra il libero uso dei beni privati e l'interesse 'sociale'; in secondo luogo, che alla funzione sociale va ricondotto l'insieme di valori e interessi costituzionalmente protetti¹¹⁴, connessi alla dimensione 'sociale' (nel senso che si è visto), e potenzialmente confliggenti con l'utilizzazione libera dei beni da parte dei privati¹¹⁵.

¹¹⁰ Secondo l'impostazione di U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, pp. 87 ss.; ID., *La proprietà*, cit., pp. 183 ss.; v. anche L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale*, Torino, 1966, p. 280; P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetti privati*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, cit., pp. 91 ss. Non per questo il giudizio sull'utilità sociale dovrà essere in concreto sempre 'transattivo', nell'ipotesi di conflitto tra classi o gruppi sociali (così SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 248; diversamente RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 193).

¹¹¹ La distinzione tra interesse «pubblico» (riferibile allo stato «come entità giuridica») e interesse «sociale» (riferibile all'«intero gruppo sociale come tale») è già in R. POUND, *Giustizia, diritto, interesse*, tr. it., Bologna, 1962, pp. 281 s.

¹¹² Per tale via si tornerebbe infatti a un criterio discrezionale fondato sulla contrapposizione tra Stato-comunità e Stato-apparato (cfr. U. POTTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 107 ss.), che non è evidentemente congruo alle argomentazioni svolte nel testo.

¹¹³ Cfr. già C. MORTATI, voce *Costituzione*, in «Enc. dir.», XI, Milano, 1963, pp. 217 ss.; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, pp. 193 ss.; e gli spunti di RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., pp. 50 ss.; qualche considerazione in proposito si è svolta in SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 379 ss.; di recente, nel senso del testo, RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 404 ss.; ampiamente LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 127 ss.

¹¹⁴ In tal senso non pare che alla funzione sociale possano ricondursi solo «i valori assolutamente funzionali al compimento del progetto» previsto dall'art. 3, 2° co. (LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., p. 129); a meno di non estendere la portata di tale ultima norma in modo probabilmente eccessivo (cfr. in proposito CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., pp. 61 ss.).

¹¹⁵ Diversamente IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, cit., pp. 254 ss.

10. *La funzione sociale come 'limite' al legislatore*

È indubbio, e più volte lo si è rilevato, che l'art. 42, 2° co., riserva al legislatore la competenza a conformare le situazioni proprietarie, e quindi anche, in via di principio, a individuare la funzione sociale con riferimento ai casi concreti. Tuttavia, proprio perché – come si è appena visto – la funzione sociale non è concetto 'inconoscibile', ma 'intenzionalmente indeterminato', sussiste uno spazio di prescrittività ulteriore del principio, in una duplice direzione: come 'limite' al potere del legislatore, rilevante in sede di controllo di costituzionalità; e come 'principio generale', utilizzabile dal giudice ai sensi dell'art. 12 disp. prel.

Per quanto concerne il primo aspetto, è stato sottolineato che il controllo di costituzionalità, quando la norma costituzionale pone una finalizzazione da osservare nell'adozione di norme legislative, non può riguardare la «scelta dei contenuti», ma può verificare «l'esistenza positiva della finalità», alla luce della *ratio legis* e della coerenza a questa della disciplina dettata¹¹⁶. Naturalmente, il confine tra controllo consentito e controllo precluso al giudizio di costituzionalità non è delineabile con rigorosa precisione. Limitare il primo alla verifica della logicità e coerenza meramente 'interne' alla legge¹¹⁷ probabilmente è riduttivo; estenderlo all'individuazione e alla graduazione degli interventi necessari per assicurare la funzione sociale con riferimento al caso specie è invece eccessivo, rientrando tali decisioni nella sfera delle scelte politiche insindacabili¹¹⁸.

La giurisprudenza costituzionale ha assunto in proposito un atteggiamento

¹¹⁶ GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 472; e cfr. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 908.

¹¹⁷ All'interno di tale tipo di controllo si colloca in effetti la decisione generalmente considerata paradigmatica per il tema qui discusso (Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129, sulla quale v. L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità sociale delle leggi*, *ivi*, pp. 144 ss.). Si v. di recente Corte cost. 7 maggio 1984, n. 139, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1153, dove, con riferimento all'art. 44 cost., i seguenti rilievi: «in presenza di una 'riserva rinforzata di legge' ... la linea di demarcazione fra il compito del legislatore ordinario e quello della corte risulta estremamente tenue, ma ciò non può indurre a negarne la sussistenza. Invero, per quanto penetrante possa (e debba) essere il controllo del giudice delle leggi per accertare che la normazione ordinaria si sia effettivamente conformata al precetto costituzionale, un limite pur tuttavia sussiste, non essendo consentito alla corte procedere a scelte economico-sociali e politiche e sostituire in tal modo quelle effettuate dal parlamento».

¹¹⁸ Su tale difficile discriminare v. di recente, ampiamente, LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 152 ss., 209 ss., dove dottrina e giurisprudenza.

mento cauto, e tuttavia non rinunciatario¹¹⁹, mediante interventi che in sostanza si collocano nell'alveo del controllo di ragionevolezza delle leggi, senza tuttavia identificarsi integralmente con quello concernente il mero rispetto della riserva di legge¹²⁰. Il carattere 'rafforzato' di tale riserva¹²¹ consente infatti un'ulteriore verifica, concernente appunto la congruità della disciplina ai fini sociali che sono costituzionalmente alla base dell'attività legislativa in materia proprietaria.

Un giudizio di ragionevolezza che tenga conto tanto dell'esigenza di assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa quanto del fine sociale, senza per questo invadere il c.d. merito legislativo, è d'altronde, oltre che possibile, auspicabile. Per proporre un esempio, ben più aderente all'interpretazione che sembra da accogliere dell'art. 42 sarebbe stata la giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica, se – invece di argomentare in termini di eguale diritto dei proprietari fondiari all'integrità della rendita edificatoria¹²² – avesse posto il legislatore di fronte all'esigenza di dettare un regime dei suoli tale, da creare per quanto possibile condizioni di indifferenza economica per i proprietari rispetto alle conseguenze delle scelte di piano, contenendo al tempo stesso gli oneri finanziari per la collettività entro limiti sopportabili. Le vie per raggiungere in concreto tali risultati (casse di compensazione tra proprietari, oppure avocazione della facoltà di costruire al pubblico potere, o altre ancora) sarebbero ovviamente rimesse alle insindacabili scelte politiche del legislatore.

11. *La funzione sociale come principio generale: il giudice e la norma di legge*

Le opinioni sulla idoneità del principio della funzione sociale a operare

¹¹⁹ V. ad es., Corte cost., 10 maggio 1963, n. 64 in *Giur. cost.*, 1963, p. 554 (sulla 'funzione sociale' della legislazione urbanistica); 28 marzo 1968, n. 16, *ivi*, 1968, p. 369; 7 maggio 1984, n. 138, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1163 (dove il giudizio di congruità rispetto alla *ratio legis* della conversione in affitto dei contratti di mezzadria e colonia ai fini sociali; ma il giudizio di 'irragionevolezza' sull'applicazione della conversione anche al concedente non 'assenteista'); 23 aprile 1986, n. 108, *ivi*, 1986, c. 1145, dove si ribadisce che il diritto di proprietà «può essere legittimamente compromesso sol quando lo esiga il limite della 'funzione sociale'», e se ne esclude la ricorrenza in materia di ulteriore proroga legale dei contratti di locazione degli immobili adibiti ad uso diverso dall'abitazione.

¹²⁰ Sul quale v. sopra, al num. 6.

¹²¹ Corte cost. 7 maggio 1984, n. 139, cit.

¹²² V. sopra, num. 4.

direttamente nei confronti dei soggetti privati sono divergenti, coprendo un arco di posizioni che va dall'affermazione dell'immediata vigenza di un limite generale all'esercizio del diritto di proprietà (strutturalmente omologo a quello posto in tema di emulazione dall'art. 833 cod. civ.)¹²³, alla negazione di ogni rilevanza della funzione sociale nell'interpretazione e applicazione della disciplina legislativa¹²⁴. Diffusa nella dottrina, e talvolta recepita dalla giurisprudenza¹²⁵, è l'idea che l'enunciato costituzionale, pur non consentendo al giudice di attingere il criterio della decisione unicamente al principio della funzione sociale, legittimerebbe tuttavia l'applicazione analogica di norme restrittive dei poteri proprietari¹²⁶. Per tale via, il rispetto della riserva di legge posta dall'art. 42, 2° co., cost., viene coordinato con il principio della «massima attuazione della costituzione»¹²⁷.

È certo da condividere la ricerca di una soluzione in qualche modo mediana al quesito prospettato. A tacere d'ogni altro rilievo¹²⁸, è la struttura medesima della disposizione costituzionale – che si presenta come norma di scopo della attività legislativa, e si differenzia quindi dalle ordinarie clausole generali civilistiche – a escludere che essa possa costituire regola immediata per l'agire dei proprietari, come già si è avuto modo di segnalare.

¹²³ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., pp. 187 ss.

¹²⁴ Cfr. N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, pp. 10 s.; e v. oltre, note 126 e 129.

¹²⁵ Cass. 20 settembre 1971, n. 2616, in *Riv. dir. agr.*, 1972, II, p. 136; Cass., sez. un., 16 ottobre 1976, n. 2499, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2345; diversamente 20 febbraio 1969, n. 570, *ivi*, 1969, I, c. 1480; 7 settembre 1977, n. 3889, in *Rep. Giur. it.*, 1977, voce *Proprietà*, n. 21.

¹²⁶ È questa la posizione che, riprendendo uno spunto di Pugliatti (v. nota seg.), sostiene RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., pp. 1326 s.; ID., *Il terribile diritto*, cit., p. 316 (sembrano quindi infondate le critiche di 'giusliberismo' mossegli da COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 210); nello stesso senso P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, s.l., 1971, p. 123; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 494; GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, cit., p. 156. Diversamente L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 268; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 412; CARIOTA FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, cit., p. 219; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 50; M. TAMPONI, *Una proprietà speciale*, Padova, 1983, p. 217; e gli aa. citt. alla nota 129.

¹²⁷ Sul quale già PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 278, fondava l'idea di applicazione analogica di «tutte le norme nelle quali si può vedere una concreta e specifica attuazione di esigenze di carattere sociale a mezzo del diritto di proprietà» (sull'importanza di tale precisazione v. oltre, nel testo).

¹²⁸ Sulla complessità della tematica della c.d. *Drittwirkung* delle norme costituzionali (e sugli abusi verbali cui talvolta si presta) è sufficiente richiamare P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, pp. 242 ss. Un recente riesame del problema è in CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 202 ss.

D'altra parte, la circostanza che l'art. 42 contiene una riserva di legge¹²⁹ non sembra, di per sé, sufficiente a negare che la funzione sociale costituisce principio generale dell'ordinamento in materia proprietaria¹³⁰. La riserva opera infatti per quanto non è già direttamente disposto dalla norma costituzionale; la quale, come si è visto, pone appunto la funzione sociale come criterio per l'attività legislativa di determinazione del contenuto del diritto, e, per ciò stesso, come principio fondamentale della normativa dettata in materia.

Limitandosi a tale rilievo, tuttavia, vi è il rischio di trascurare l'elemento di tensione – rispetto all'ordinario modo di operare dei principi *ex art.* 12 disp. prel. – introdotto dalla costituzionalizzazione di 'principi generali' che possono essere, e spesso sono, in contrasto, o comunque non pienamente coerenti, con i caratteri della legislazione vigente sulla materia oggetto del principio¹³¹. In tale situazione, una lettura del rapporto tra disciplina costituzionale e normativa ordinaria che ne privilegi gli elementi di continuità, rispetto a quelli dialettici, può in alcuni casi condurre a esiti riduttivi, oppure fuorvianti.

Pare insomma che l'individuazione del significato che assume l'incidenza del principio della funzione sociale sull'interpretazione e l'applicazione della normativa proprietaria richieda, in primo luogo, un'adeguata considerazione del fatto che non necessariamente la seconda appare 'attuativa' del primo.

In secondo luogo, escludere che ogni norma 'limitatrice' dei poteri del proprietario sia per ciò stesso norma eccezionale¹³² (e quindi insuscettibile di analogia) è di per sé possibile, e anzi difficilmente discutibile, già in base all'art. 832¹³³. In base alla norma del codice, infatti, da un lato «la proprietà

¹²⁹ Cfr. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 256; analoghe indicazioni in IRTI, *Proprietà e impresa*, cit., p. 12, n. 20; ID., *Letà della decodificazione*, cit., p. 92; R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Studi Santoro Passarelli*, V, Napoli, 1972, pp. 269; F. SANTORO PASSARELLI, voce *Proprietà*, in *Enc. del Novecento*, V, 1981, estr., p. 32 s.

¹³⁰ Così invece IRTI, *Proprietà e impresa*, cit., p. 11.

¹³¹ Il punto è stato sottolineato sopra, num. 9.

¹³² Su tale figura, in generale, v. F. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in «Enc. dir.», XXVIII, Milano, 1979, pp. 506 ss., part. pp. 523 ss.; IRTI, *Letà della decodificazione*, cit., pp. 88 ss.

¹³³ Cfr. infatti C. MAIORCA, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, in *Stato e dir.*, 1942, pp. 247 ss.; D. RUBINO, *Odiarne tendenze sui limiti del diritto di proprietà*, in *Annali Macerata*, 1948, pp. 83 s.

non è assenza, ma sistema di limiti»¹³⁴; dall'altro, questi non discendono solo da uno specifico divieto posto «da leggi e regolamenti» (come nella definizione del codice abrogato), ma risultano da una considerazione complessiva di tutti gli elementi offerti dall'«ordinamento giuridico»¹³⁵.

Il dato innovativo introdotto dalla funzione sociale non risiede dunque tanto nell'ammissibilità dell'analogia in materia proprietaria¹³⁶, quanto nel mutato criterio, in base al quale verificare sia la *ratio legis* (art. 12, 2° co., disp. prel.) e la eccezionalità (art. 14 disp. prel.) della norma di cui si prospetti l'applicazione analogica, sia l'esistenza medesima di una c.d. lacuna¹³⁷. All'interno del sistema del codice, la verifica di tutti i profili ora detti concerne l'esistenza di un contrasto, nel caso concreto, tra il contenuto della norma restrittiva e la 'normale' disciplina legislativa; alla luce dell'enunciato costituzionale, occorrerà valutare la conformità tanto della norma di cui si prospetti l'applicazione analogica, quanto dell'esito di una soluzione della controversia fondata invece sul criterio della pienezza del godimento *ex art. 832*, rispetto al principio della funzione sociale.

Il ricorso all'argomento costituzionale non ha qui insomma la funzione di conferire maggiore *vis* a un ragionamento già tecnicamente sostenibile in base alla legislazione ordinaria¹³⁸; ma di introdurre elementi dinamici di attuazione costituzionale, che in quella legislazione siano carenti o insufficienti.

Le considerazioni fin qui svolte portano alla conclusione che il principio della funzione sociale, ai fini dell'analogia, opera a fronte non di ogni norma restrittiva dei poteri del proprietario, ma solo di quelle, che risultino attuative dello scopo cui l'art. 42, 2° co., cost., finalizza la conformazione legislativa della proprietà. Non per questo le norme restrittive non riconducibili alla funzione sociale dovranno necessariamente considerarsi eccezionali, e quindi insuscettibili di applicazione analogica; la soluzione andrà data però non in base al principio costituzionale, ma alla valutazione sulla sussistenza in concreto del 'caso simile', condotta alla luce delle norme di legge che regolano il tipo di conflitto nel quale è assumibile il caso di specie¹³⁹.

Quando invece assuma rilievo la funzione sociale, il ruolo del principio

¹³⁴ IRTI, *Proprietà e impresa*, cit., p. 10.

¹³⁵ Sull'importanza di tale dato v. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 16.

¹³⁶ V. infatti IRTI, *Proprietà e impresa*, cit., p. 9 ss., che ammette l'analogia, pur escludendo che la funzione sociale «sia principio generale della materia».

¹³⁷ Sul carattere assiologico del giudizio concernente l'esistenza di una 'lacuna' non pare possibile dubitare, dopo le pagine di KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 149 ss.

¹³⁸ Secondo il rilievo critico di U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 707 s.

¹³⁹ E cioè secondo l'ordinario modo di operare dell'art. 12 disp. prel.

costituzionale potrà essere non solo quello, consueto dei principi generali, di rendere 'esplicito' ciò che è 'implicito' nel sistema normativo; ma anche di introdurre elementi innovativi. Sotto questo profilo, pare del resto che alla funzione sociale possa ricorrersi, oltre che ai fini dell'analogia, anche per avvalorare interpretazioni di norme di legge differenti da quelle tradizionali¹⁴⁰, fino alla possibilità di un'integrazione contenutistica di disposizioni che contengano criteri finalistici di comparazione degli interessi e di conformazione delle situazioni reali¹⁴¹.

Un ricorso alla funzione sociale, da parte del giudice, come unica fonte di soluzione di una controversia, non pare invece ammissibile, per le ragioni più volte segnalate¹⁴². A questo proposito, va peraltro notato che il problema è difficilmente configurabile in astratto: il giudice normalmente non si trova a decidere su un generico conflitto tra interessi del proprietario e interessi della collettività, ma su un concreto conflitto di interessi tra il proprietario di un bene determinato e altri soggetti interessati all'uso di quel bene¹⁴³. La più parte di tali conflitti è normativamente tipizzata (a partire dalla disciplina del codice). Il principio costituzionale potrà svolgere le funzioni (ermeneutica, integrativa, di fondamento dell'analogia) di cui si è detto, operando attraverso le norme che immediatamente regolano il conflitto¹⁴⁴.

Un problema particolare si pone quando l'interesse del terzo, conflit-

¹⁴⁰ Per una rassegna di ipotesi di utilizzazione giurisprudenziale dell'argomento costituzionale nell'interpretazione di norme civilistiche v. F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, pp. 211 ss.

¹⁴¹ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., pp. 189 s.

¹⁴² Per tutti RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 316. La soluzione contraria è sostenuta da NATOLI, *La proprietà*, cit., pp. 187 ss. (che ha un lontano precedente, ma con ben differente impostazione sul contenuto del criterio di controllo, in E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Riv. dir. priv.*, 1936, I, p. 26 ss.).

Per Natoli, «la legittimità del comportamento del *dominus* si esaurisce al limite della socialità. Oltre il quale, si realizza la fattispecie di una particolare forma di illegittimità – quella dell'abuso del diritto – al pari di quanto avviene in materia di emulazione». La riconduzione dell'operatività della funzione sociale alla tecnica dell'abuso (v. anche A. LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'ambiente*, in *Foro. it.*, 1980, V, c. 105 ss.), e l'esemplificazione addotta (concernente il controllo di liceità causale su rapporti contrattuali aventi a oggetto l'uso del bene) hanno indotto a muovere a questa tesi consistenti obiezioni (RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., pp. 23 ss.; ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., pp. 230 ss.), al di là delle quali sembra però confermata la vitalità dell'intuizione di Natoli.

¹⁴³ Cfr. M. COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, pp. 213 ss.

¹⁴⁴ Per l'applicazione di tali criteri, ad es., alla disciplina delle immissioni *ex art. 844 cod. civ.* v. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 387 ss.

tuale con quello del proprietario, possa configurarsi come diritto soggettivo avente per contenuto (anche) la pretesa a modalità non lesive di utilizzazione del bene privato. In questo modo soprattutto si atteggia, secondo la recente giurisprudenza, il diritto alla salute *ex art. 32 cost.*¹⁴⁵. Affermare la preminenza di principio di tale diritto sull'interesse del proprietario a godere in modo pieno del bene, non significa di per sé applicare 'direttamente' la funzione sociale; ma è certo essenziale la previsione costituzionale di questa, per poter giungere alla conclusione ora ricordata¹⁴⁶.

In altri termini, l'applicazione 'diretta' va esclusa perché gli interessi riconducibili alla funzione sociale non per ciò solo ricevono in costituzione una tutela immediata nei confronti degli atti di esercizio delle situazioni patrimoniali. L'esistenza di una tutela siffatta può però desumersi dal collegamento tra altre situazioni costituzionali, attributive di una situazione direttamente azionabile (come appunto l'art. 32)¹⁴⁷ e il principio della funzione sociale. E sarà proprio tale collegamento ad assicurare, nell'ipotesi di conflitto giustiziabile, la prevalenza dell'interesse sussumibile nella funzione sociale su quello proprietario¹⁴⁸.

12. Considerazioni finali. Disciplina del bene e disciplina del diritto

Verificato così l'ambito della portata 'precettiva' dell'art. 42 (sul duplice versante della garanzia e della funzione sociale) rimane aperta la valutazione critico-sistematica, alla quale è qui possibile accennare solo in modo sintetico e problematico.

Le questioni aperte sembrano essenzialmente due: anzitutto, il rapporto tra la nozione 'civilistica' di proprietà (l'unica, come già si è accennato,

¹⁴⁵ V. oltre, nota 147.

¹⁴⁶ Se quindi la funzione sociale è «formula in cui si riassumono con immediata portata precettiva ... tutti i valori e interessi costituzionalmente protetti», non pare che possa poi affermarsi che essa è «espressione priva di un proprio e autonomo contenuto normativo», avente valore «solo di sintesi e di mero rinvio» (così invece SCALISI, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, cit., pp. 235 s.).

¹⁴⁷ Sul diritto alla salute come diritto soggettivo azionabile davanti al giudice ordinario v. Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, c. 939; 6 ottobre 1979, n. 5172, *ivi*, c. 2302.

¹⁴⁸ Per tale impostazione v. più ampiamente (e con riferimento altresì all'art. 41, 2° co. cost.) C. SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, pp. 445 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 187 ss.

che appare dotata di una sufficiente consistenza tecnico-giuridica) come attribuzione al titolare in via primaria ed esclusiva di un'entità materiale¹⁴⁹, e la nozione 'costituzionale' o 'allargata' di proprietà, comprensiva – in ipotesi – di tutta una serie di situazioni patrimoniali di vantaggio garantite nei confronti dell'intervento dei pubblici poteri¹⁵⁰. Qui dovrebbe valere, a quanto pare, il rilievo già svolto in precedenza: tale seconda 'nozione' può essere costruita solo come effetto di un principio normativo (quello appunto della garanzia) che è però di molto dubbia consistenza positiva nel nostro sistema, alla luce della lettera e dello spirito della costituzione. In ogni caso, dovrebbe essere chiaro che l'uso del termine 'proprietà' in questa accezione è di ordine metaforico o retorico.

L'altra questione concerne la riconsiderazione dello schema tradizionale del 'diritto soggettivo di proprietà', recepito dall'art. 832 cod. civ., alla luce dei dati offerti, da un lato, dai principi costituzionali, e, dall'altro, dalla legislazione di settore.

Ma un discorso approfondito in proposito non può che essere analitico, e quindi estraneo alla portata di questo scritto: giacché ci si avvede subito, nell'affrontarlo, che «il problema si pone non per un astratto diritto di proprietà privata, ma per diritti di proprietà privata relativi a tipi di bene: la funzione sociale del diritto di proprietà ... non si può determinare come elemento positivamente regolato, ossia nei suoi tratti essenziali, se non con riferimento a tipi di beni»¹⁵¹.

Né pare che tale prospettiva imponga la conclusione che la funzione sociale attiene esclusivamente alla disciplina del bene, derivandone alla proprietà come diritto solo «un vincolo esterno ... lasciando impregiudicata la sua natura di diritto soggettivo, riconosciuto e garantito solo nell'interesse del proprietario»¹⁵².

Com'è noto, l'idea che la funzione sociale sia del bene, e non del diritto di proprietà, è risalente¹⁵³, e risponde per vero a finalità differenti. Nella

¹⁴⁹ In proposito si rinvia all'ampia e acuta ricerca di O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pp. 165 ss., 375 ss., le conclusioni del quale si condividono in larga misura. Per la posizione e discussione del problema secondo le logiche del *common law* v. J. WALDRON, *What is private property?*, in *Oxford J. Leg. St.*, 5 (1985), pp. 313 ss.

¹⁵⁰ V. sopra, num. 3.

¹⁵¹ GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., p. 473.

¹⁵² Così, di recente, GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, cit., pp. 153 s., che riformula un argomento – come si vedrà tra breve – molto diffuso.

¹⁵³ Il riferimento è a FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., e alla sua tesi sull'esigenza di affrontare il tema della proprietà «da sotto in su»: «non più i beni

versione originaria, intendeva fornire un supporto alla teoria della funzionalizzazione del diritto soggettivo; in altre letture, è diretta all'opposto fine di sottolineare la permanente immutabilità della struttura, essendo le determinazioni sociali riferibili appunto al bene, e non al diritto¹⁵⁴.

In ogni caso, al centro della riflessione è un'intuizione esatta¹⁵⁵: la disciplina positiva, che un tempo si definiva in termini di c.d. limitazioni amministrative della proprietà, e per la quale oggi si parla di conformazione o funzionalizzazione¹⁵⁶, si rivolge in primo luogo – per così dire – al bene, oggetto del diritto. E ciò sia da un punto di vista funzionale (perché è finalizzata a conseguire, più che determinati comportamenti del titolare, determinate forme di utilizzazione del bene); sia per le tecniche adottate, rivolte a produrre effetti non nei soli confronti del proprietario, ma di tutti i soggetti che si trovino in una relazione con il bene, tale da influire in concreto sull'utilizzazione di esso.

Non pare però che possa trarsene la conseguenza di limitare la rilevanza di tale disciplina al piano oggettivo, operando una netta distinzione tra una disciplina del bene (nella quale si rifletta la multiforme varietà della normativa e si risolva l'elemento della funzione sociale) e una disciplina del diritto che ne confermi la struttura neutra e unitaria di garanzia esclusiva

in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli». Il punto di partenza è, per F., l'ordinamento corporativo, che pone al centro del fenomeno proprietario, a suo avviso, l'idoneità delle cose a essere sfruttate nel ciclo produttivo nazionale. Da tale dato egli desume la necessità di sostituire alla proprietà come diritto la nozione di proprietà come cosa. Per tale prospettiva v. anche W. CESARINI SFORZA, *Codice civile e Carta del lavoro nella definizione della proprietà*, in *Stato e dir.*, 1941, p. 104.

¹⁵⁴ Cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 406; SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, cit., p. 56. Sull'ambiguità della nozione di 'categoria' di beni v. quanto si è osservato sopra, num. 2, a proposito dell'uso che ne ha fatto la giurisprudenza costituzionale. Secondo GALGANO, *op. loco citt.* alla nota 152, la tesi che riferisce la funzione sociale ai beni consentirebbe il duplice risultato di lasciare impregiudicata la natura di diritto soggettivo della proprietà, riconosciuta e garantita solo nell'interesse del titolare, ma anche «di mettere in discussione la più intima essenza del concetto borghese ... della proprietà, quale unica forma giuridica di dominio sulle cose». Risultati però difficilmente compatibili; e che comunque sembrano entrambi estranei alla norma costituzionale, la quale non intende mettere in discussione l'intima essenza della forma borghese di appropriazione, ma neppure regolarla solo nell'interesse del proprietario.

¹⁵⁵ Ed è quindi da condividere il giudizio per il «l'osservazione legata ai beni, e ai mutamenti mediati che alla proprietà derivano dal regime dei beni, resta in ogni caso una tappa tra le più significative in una storia delle idee che non voglia fermarsi allo sterile inventario della crisi» (RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 23).

¹⁵⁶ V. per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 101 ss.

dell'interesse del proprietario¹⁵⁷.

La disciplina dei beni, regolando l'utilizzazione di entità materiali, è pur sempre disciplina delle attività umane che su quei beni si svolgono¹⁵⁸. Attribuendo poteri, oneri, obblighi, e definendo canoni di comportamento, quella disciplina incide sulla situazione soggettiva di cui è titolare il proprietario, ne altera la morfologia antica e si risolve nella composizione e organizzazione della pluralità di interessi e di poteri – tra i quali, non esclusivo, quello del proprietario – che sul bene variamente insistono.

¹⁵⁷ Il più rigoroso tentativo di dare una compiuta dimensione tecnica a tale impostazione è in COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., (e v. ora ID., *Il diritto alla proprietà*, cit.).

¹⁵⁸ Cfr. in proposito SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 163 s.

*Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice civile**

1. La ragione principale della decisione della Corte costituzionale (n. 247 del 23 luglio 1974) risiede nell’ineccepibile considerazione che l’insufficienza dell’art. 844 codice civile ai fini di una tutela civile dagli inquinamenti non si risolve in illegittimità costituzionale (per violazione del combinato disposto delle norme costituzionali sulla tutela dell’ambiente e della salute e sui limiti all’iniziativa economica, nonché del principio di eguaglianza), in quanto esso si «limita a considerare solo l’interesse del proprietario» all’esclusività del godimento del fondo, «senza riguardare, ma anche senza pregiudicare, la protezione di interessi diversi, eventualmente spettanti anche ad altre persone o ad intere collettività».

Già si era osservato, annotando l’ordinanza di rimessione, che l’art. 844, «pur non essendo certo di per sé attuativo del principio costituzionale della funzione sociale o degli altri precetti costituzionali rilevanti in materia ecologica, non pare possa però neppure considerarsi in contrasto con essi, proprio perché ha un ambito d’azione in larga misura esterno all’uno e agli altri», dato che occorre «tenere nettamente distinto l’incontestabile rapporto di *non attuazione* esistente tra la norma del codice e i precetti costituzionali in materia, dal giudizio, ben diverso, per il quale essa sia invece da ritenersi *in contrasto* con quei precetti»¹.

Si conferma quindi l’inidoneità del processo costituzionale a sanzionare gli inadempimenti costituzionali di tipo omissivo del legislatore.

Tuttavia, la sentenza che si annota può offrire spunti per uno svolgimento ulteriore del discorso, dal momento che essa, da un lato, ricorda le norme vigenti per la difesa dagli inquinamenti; dall’altro, non si esime da un giudizio positivo sulla “razionalità” – oltre che sulla legittimità – del sistema normativo costituito dai due commi dell’art. 844.

Sotto il primo aspetto, si può osservare che le carenze della disciplina amministrativistica ricordata dalla Corte – nonché delle disposizioni penali in materia – sono ormai sufficientemente note²; su esse non ci si soffermerà.

* Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 1, cc. 585 ss., in nota a Corte Cost. 23 luglio 1974, n. 247.

¹ C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, cc. 797 ss., *ivi*, 809 e 807. Concorda sul punto M. LONGO, *Assurdi dubbi sulla costituzionalità dell’art. 844 cod. civ.*, in *Riv. dir. agr.*, 1974, pp. 608 ss., *ivi*, 613.

² Cfr. per tutti E. CAPACCIOLI, *Profili giuridico organizzativi della tutela contro*

Più interessante è il richiamo al «principio generale di cui all'art. 2043 del codice civile», la cui applicabilità alla materia in esame costituisce una prospettiva di notevole interesse³.

Sotto il secondo aspetto, non si può trascurare il rilievo che la «razionalità» della norma sulle immissioni è frutto di un processo storico nel quale confluiscono temi che presentano, oltre l'intrinseca rilevanza dommatica ed operativa, un immediato interesse in ordine al problema della tutela civile dagli inquinamenti.

Da un lato, infatti, il «tipo» di tutela della proprietà che si evidenzia in tale norma, e nel processo storico dal quale essa deriva, rappresenta l'espressione di una «razionalità» che, proprio in quanto non naturalistica, ma storicamente determinata, può costituire l'occasione per un ripensamento non inutile su temi di storia della cultura giuridica e di teoria generale, oltre che sui problemi applicativi che la disciplina delle immissioni ha sempre suscitato.

E, d'altro lato, rimane il fatto che l'art. 844 è l'unica norma che esplicitamente prevede una tutela civile da «le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni»: per cui costituisce un parametro non trascurabile da chi si proponga di individuare la possibile operatività di una più ampia e diversa forma di tutela civilistica degli interessi anche collettivi connessi alla materia.

Naturalmente ci si limiterà, annotando la sentenza della Corte costituzionale, a poche riflessioni su entrambi gli aspetti delineati.

2. Il problema giuridico delle immissioni sorge, in tutta la sua complessità, con la nascita del capitalismo industriale: sia perché è dall'attività industriale che derivano ripercussioni nella sfera altrui di portata incomparabile con quelle connesse all'uso «quotidiano» della proprietà o all'esercizio dell'artigianato, sia perché è solo in questa fase storica che il regime giuridico dell'utilizzazione dei fondi si impernia sul carattere esclusivo del potere attribuito al proprietario, facendo venir meno l'incidenza istituzio-

l'inquinamento, in *Foro amm.*, 1970, III, pp. 299 ss.; G. AMENDOLA, *Inquinamento idrico e legislazione penale*, Padova, 1972; M. CICALA, *La disciplina delle attività insalubri, pericolose, rumorose, incommode*, in *Giur. it.*, 1974, II, cc. 523 ss. Più ampi riferimenti in F. LAZZARO, voce *Inquinamento delle acque*, in *Enc. dir.*, XXI, s.d., ma Milano 1971, pp. 701 ss.; e in A. PALUMBO, voce *Inquinamento atmosferico*, *ivi*, pp. 676 ss.

³ Alcune considerazioni abbiamo svolto in SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, cit., cc. 809 ss.

nale di poteri alieni, che consentivano un collegamento dell'uso del bene con gli interessi, fra gli altri, della «comunità di vicinato»⁴.

Lo schema della proprietà liberale è strutturalmente inidoneo a risolvere con criteri privatistici il problema nei suoi termini generali, cioè con una regola connaturata ai caratteri dell'istituto, e che si ponga come principio rispetto alle minute disposizioni legislative, regolamentari o consuetudinarie, che disciplinano in termini paritari i cosiddetti rapporti di vicinato. Se infatti la regola è che i poteri del proprietario o si estendono illimitatamente *usque ad inferos e ad sidera*, non trovando altri limiti che quelli derivanti dalla proprietà privata degli abitanti degli antipodi o degli eventuali seleniti⁵, è evidente che da essa non si possono ricavare elementi per decidere nel senso della liceità o illiceità dell'immissione, per dare cioè la prevalenza al potere assoluto di escludere ogni influenza esterna, sul proprio fondo, o al potere egualmente assoluto di compiere ogni attività su esso, anche se ne derivino indirettamente ripercussioni *in alieno*. Il tentativo di individuare un criterio non arbitrario, in quanto pienamente rispondente ai principi – come quello per cui tutte le immissioni materiali sono vietate e tutte quelle immateriali sono lecite⁶ –, non può non condurre a risultati pratici aberranti.

È su queste basi, comunque, che si svolge almeno la fase iniziale della lunga ricerca del «criterio generale per il regolamento dei rapporti di vicinato». Si tratta di una vicenda che, condotta apparentemente sul filo dell'esegesi delle fonti, di considerazioni dommatiche e di indagini sul

⁴ In relazione al tema delle immissioni cfr., sul punto, P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918, pp. 774 ss., *ivi*, 778 e F. KLAUSING, *Immissionsrecht und Industrialisierung*, in *Jurist. Wochenschrift*, 1937, pp. 68 ss. Sulla comunità di vicinato v., per gli aspetti sociologici, M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1966, II, pp. 264 ss.; per la problematica giuridica J. CARBONNIER, *Droit civil*⁶, III, Paris, 1969, pp. 169 ss. Sulla storicità della categoria giuridica moderna di proprietà si si è soffermata di recente anche l'attenzione dei giusprivatisti: cfr. la sintesi dei risultati delle sue ricerche offerta da S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 355 ss.; e P. BARCELLONA, *Diritto privato nel processo economico*, Napoli, 1973, pp. 53 ss. e 173 ss.

⁵ Così, sul tema, espressamente, S. PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, rist., Oxford-London, 1931, p. 59. L'influenza del pensiero giusnaturalistico sulle dottrine giuridiche moderne è stata di recente sottolineata da G. TARELLO, *La ideologia della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, s.d., pp. 94 ss.; e da A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, 1973, pp. 43 ss.

⁶ Cfr. W. SPANGERBERG, in *Arch. für die civil. Praxis*, 1826, pp. 263 ss., il cui scritto è citato da Jhering (v. nota 10) come il migliore sull'argomento, e per il quale la disciplina delle immissioni immateriali può essere dettata solo da norme di polizia.

contenuto naturale del diritto di proprietà⁷, trova il suo sbocco, nel nostro ordinamento, nell'art. 844 codice civile. Le soluzioni offerte dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale nel corso della vicenda dimostrano però, nella loro profonda successiva differenziazione, il carattere storico della razionalità via via scoperta e rinnovata: l'adeguatezza cioè di essa ad un processo di evoluzione della nozione di proprietà, del quale uno dei parametri centrali di svolgimento può essere identificato non arbitrariamente in quel conflitto tra esigenze della produzione e ragioni della proprietà⁸, che il 2° comma dell'art. 844 si propone di temperare.

Così, nel corso di questo processo di evoluzione, viene ribaltato il significato della notissima teoria dell'uso normale: proposta in un primo tempo come garanzia contro l'invasione dell'industria nascente, fino al punto di giungere all'affermazione della liceità delle immissioni derivanti da operazioni compiute a mano, mentre sarebbero vietate quelle procedenti da operazioni compiute con impiego di macchine o apparecchi artificiali⁹, si trasforma successivamente, dopo l'elaborazione jheringhiana¹⁰, e con l'affermazione – storica e politica, prima ancora che teorica – della «normalità» dell'esercizio di un'industria, in un potente strumento di protezione dell'imprenditore industriale dalle pretese degli «altri» proprietari.

Ma anche questi «altri» proprietari non sono tutti uguali: nella valutazione dell'uso normale o della normale tollerabilità occorre tenere conto anche delle condizioni dei luoghi, e pertanto nei sobborghi delle zone industriali si dovranno tollerare inconvenienti molto più cospicui che nei quartieri eleganti della città¹¹.

⁷ Ancora U. BRASIELLO, *La proprietà nella sua estensione*, Milano, 1954, p. 96, si propone di giungere «ad una determinazione che ... risponda ad un modo di vedere insito nei vari ordinamenti, in quanto risponda alla essenza stessa dell'istituto della proprietà in qualsiasi ordinamento la si guardi».

⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. Tarello, II, Bologna, 1972, pp. 435 ss., *ivi*, 457 ss.; ID., *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico*, in *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, I, Bari, 1973, pp. 229 ss., *ivi*, 238 ss.; BARCELLONA, *Diritto privato nel processo economico*, cit., pp. 183 ss.

⁹ Cfr. W. WERENBERG, *Über der Collision der Rechte verschiedner Grundeigenthümer*, in *Jahrb. Für Dogm.*, 1863, pp. 1 ss., *ivi*, 59.

¹⁰ R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrb. Für Dogm.*, 1863, pp. 81 ss.

¹¹ Cfr. la giurisprudenza tedesca della seconda metà del sec. XIX citata da H. DERNBURG, *Pandette*, trad. it., I, 2, Torino, 1907, p. 117, n. 10. Sorge in tale periodo, del resto, la città capitalistica, nella quale i diversi quartieri si sviluppano secondo forti connotazioni

Una seconda via di tutela dell'industria – accanto alla trasformazione del contenuto del «criterio generale» – è aperta quando si comincia a distinguere, anche qui in contrasto con i principi romanistici che pure si afferma di voler «svolgere» nelle loro implicazioni inesprese, tra azione reale (inibitoria) e azione personale (risarcitoria) a tutela della proprietà.

L'inizio della tendenza può ravvisarsi nel principio – legislativo in Germania¹², giurisprudenziale in Italia¹³ e in Francia¹⁴ – per cui l'autorizzazione amministrativa all'esercizio di uno stabilimento industriale, se non impedisce al vicino danneggiato di chiedere il risarcimento, non gli consente però di ottenere la cessazione dell'attività nociva.

Successivamente, la netta teorizzazione della distinzione tra i due tipi di azione consente di prescindere dalla presenza di un provvedimento amministrativo: se l'esercizio dell'industria risponde a necessità sociali (e ciò avverrà sempre, dato che la necessità sociale vien fatta coincidere con le esigenze della produzione), il proprietario vicino non potrà chiedere la cessazione delle immissioni, anche se anormali o intollerabili, ma avrà unicamente diritto non già al risarcimento del danno, bensì ad un indennizzo, come compenso della diminuzione di valore del bene, analogamente a quanto avviene in materia di espropriazione o di servitù coattive¹⁵.

di classe: cfr. I. INSOLERA, *Urbanistica*, in *Storia d'Italia*, V, 1, Torino, 1973, pp. 427 ss., *ivi*, 443 ss. Interessante, sotto l'aspetto indicato nel testo, è la discussione, svoltasi nei primi decenni di questo secolo, circa la rilevanza delle condizioni dei luoghi in ordine all'uso (più o meno «normale») delle case per l'esercizio del meretricio. A P. BONFANTE, *Rapporti di vicinanza*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pp. 817 ss., *ivi*, 823, che afferma di non comprendere perché «di simili dimore debbano essere allietati *gratis* unicamente i quartieri dei poveri»; B. BRUGI, *La proprietà*², I, Napoli-Torino, 1923, p. 264, ribatte che «è inutile illudersi sull'astratta eguaglianza di tutti i quartieri della città».

¹² § 26 dell'Ordinamento industriale del 21 giugno 1869. Cfr. DERNBURG, *Pandette*, cit., p. 117.

¹³ A partire almeno da Cass. Roma, 23 agosto 1892, in *Giur. it.*, 1892, I, 1, c. 1151. Solo di recente si è delineata la possibilità di una diversa soluzione: v. Cass., Sez. unite, 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, c. 843.

¹⁴ Cfr. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*⁵, I, Paris, 1957, pp. 689 ss.

¹⁵ P. BONFANTE, *L'azione negatoria e l'azione dei danni nei rapporti di vicinanza*, in *Foro it.*, 1926, I, cc. 24 ss. L'impostazione è accolta dalla giurisprudenza successiva: v. Cass., 5 luglio 1934, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1938, I, p. 67; Cass., 7 maggio 1937, in *Giur. it.*, 1937, I, 1, c. 914; Cass., 30 novembre 1937, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, c. 58. Questa impostazione non può non portare, come si accennerà più avanti nel testo, ad un aggravamento delle difficoltà per la sistemazione dommatica della disciplina delle immissioni. Per l'inquadramento della fattispecie nella categoria delle servitù coattive, v. A. GALLINARI, *Le immissioni indirette e l'art. 844 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

Da questo filone emerge la complessa norma dell'art. 844, il cui 2° comma viene costantemente inteso dalla giurisprudenza come un'autorizzazione all'inquinamento industriale, salvo il pagamento al vicino leso di un indennizzo commisurato alla capitalizzazione del minor reddito del fondo, ovvero alla diminuzione del valore capitale¹⁶.

La norma risultante dalla formulazione dell'art. 844 e dalla sua attuazione giurisprudenziale è quindi frutto di una evoluzione bisecolare¹⁷, che si inserisce in un vasto processo storico di trasformazione del sistema di diritto privato, e la sua «razionalità» è strettamente legata alla razionalità che si voglia riconoscere ai due postulati sui quali si basa: che cioè l'interesse «pubblico» nella materia dei cosiddetti rapporti di vicinato corrisponda alle esigenze della produzione, e coincida dunque con l'interesse privato dell'imprenditore industriale, la cui sfera di attività lecita è estesa rispetto alla regola, rientrando in essa anche attività causative di immissioni «normalmente» intollerabili nel fondo altrui; e che le ragioni (e le forme di tutela giuridica) della proprietà coincidano non più con il diritto di disporre materialmente della cosa, bensì con il diritto di trarne un vantaggio economico corrispondente al valore di mercato¹⁸.

Si comprende allora come la razionalità della norma sfugga ad una compiuta sistemazione nel quadro delle categorie giuridiche tradizionali, e come la collocazione dommatica della relativa disciplina oscilli tra la teoria

1948, pp. 280 ss.; per la teoria della responsabilità oggettiva, v. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 346 ss.

¹⁶ La giurisprudenza in materia è assolutamente costante (v., ad es., Cass., Sez. unite, 26 ottobre 1957, n. 4156, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1497; Cass. 19 luglio 1963, n. 1977, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, p. 1135; Cass., 12 giugno 1964, n. 1483, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Proprietà*, n. 18 bis; Cass., 30 maggio 1973, n. 1616, in *Foro it.*, 1974, I, c. 8079, nonostante nella norma del 2° comma dell'art. 844 non vi sia nessun accenno alla possibilità di assegnare un'indennità ai proprietari che sopportano una diminuzione del proprio diritto, al contrario di quanto disposto, per una fattispecie simile, dall'art. 912, 2° comma, codice civile. Sul punto v. M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 202 ss.

¹⁷ L'impostazione moderna del problema giuridico delle immissioni può farsi risalire a R.J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, in *Oeuvres de Pothier*, a cura di R.J. Bugnet, IV, Paris, 1890, pp. 241 ss., *ivi*, 328 ss.

¹⁸ Cfr. C.B. MACPHERSON, *A political theory of property*, in ID., *Democratic theory: essays in retrieval*, Oxford, 1973, pp. 120 ss., *ivi*, 127, sulla concezione della proprietà «as a right to (or even as) material things» o «as a right to a revenue». La tematica ha una corrispondenza non casuale con il contenuto economico che si vuole assegnare, secondo una nota impostazione che ha trovato credito nelle corti supreme, alla garanzia prevista per la proprietà privata nelle costituzioni democratico-sociali di questo secolo.

della proprietà¹⁹ e quella della responsabilità civile²⁰, senza trovare una soddisfacente sistemazione definitiva.

3. Poche considerazioni anche sul richiamo, contenuto nella sentenza, ad altre norme che consentano una tutela civile dagli inquinamenti.

Il riferimento all'art. 2043 codice civile ha un significato innovatore, se si traggono tutte le conseguenze dalla revisione che la dottrina più recente ha operato dell'intera materia dell'illecito civile²¹. Uno dei più proficui risultati di tale revisione appare, infatti, la netta distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità civile.

L'unificazione della categoria dell'illiceità civile con quella della responsabilità per danno è anch'essa il portato di un processo di evoluzione storica che ha condotto, mediante l'identificazione tipica del bene giuridicamente protetto con la merce, cioè con la *res* dotata di valore di scambio, a far coincidere la tutela privatistica del bene con la reintegrazione del valore economico di esso nel patrimonio del danneggiato²². Di tale visione appare espressione anche la recente esperienza giuridica statunitense, peraltro diretta a cogliere la possibile utilità sociale del sistema della responsabilità civile, non solo sotto il profilo della riparazione dei danni subiti dalle vittime degli inquinamenti, ma anche per la remora che agli inquinatori deriverebbe dal pesante onere economico ad essi accollato²³.

¹⁹ Soluzione prevalente nella dottrina tedesca: cfr. H. LANGE, *Sachenrecht des BGB*, Stuttgart, 1967, pp. 129 ss.; e F. BAUR, *Lehrbuch des sachenrecht*⁶, München, 1968, pp. 209 ss., in relazione al § 906 del BGB. In Italia cfr. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 198 ss.

²⁰ È la soluzione seguita per lo più dagli autori francesi, che riconducono la disciplina del «troubles de voisinage» ad una obbligazione di vicinato, sulle orme di Pothier. Cfr. J-B. BLAISE, *Responsabilité et obligation coutumières dans le rapports de voisinage*, in *Rev. trim. droit civil*, 1965, pp. 261 ss. In Italia cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 346 ss.

²¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Novissimo Dig. it.*, VIII, s.d., ma Torino, 1962, pp. 164 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 50 ss.

²² La categoria moderna dell'illecito civile è frutto essenzialmente dell'elaborazione giusnaturalistica, condotta sulla base dell'applicazione sempre più generalizzante delle azioni romanistiche operata nel periodo del diritto comune. Cfr. G. ROTONDI, *Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ.*, II, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 236 ss.

²³ Cfr. le indicazioni di G. MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, in *Foro amm.*, 1971, III, pp. 369 ss.; adde M.G. WOODROOF, *Pollution control, present and potential: a jurisprudential evaluation of cost allocation as an alternative*,

Non interessa ora sottolineare la dubbia funzionalità sociale della tecnica indicata nell'ambito delle premesse stesse da cui muove²⁴, né criticare poi queste premesse, nelle quali si evidenzia una visione sostanzialmente mercificante dell'intero sistema dei rapporti sociali. È evidente d'altronde che, se ne ricorrono i presupposti, intesi in una prospettiva estensiva, la disciplina della responsabilità civile si applicherà anche ai danni causati da inquinamento²⁵.

Quel che preme far rilevare è che la identificazione fra illecito civile e atto dannoso causativo di responsabilità ha consentito di mettere in ombra altre forme possibili di sanzione civile dell'illecito, riservandone la sfera d'azione tipicamente alla proprietà, sotto forma di azione reale negatoria, e a diritti assoluti, come i diritti della personalità, identificati poi sempre con criteri restrittivi e privatistici. In altri termini, come non necessariamente la tutela della proprietà deve assumere carattere reale e concretarsi nell'inibizione di fatti lesivi del bene oggetto di diritto reale²⁶, così la tutela delle situazioni giuridiche attinenti alla «persona», intesa nel senso costituzionale e non in quello limitato espresso dall'uso consueto della locuzione «diritti della personalità», potrà avere carattere «assoluto» e sanzioni di tipo inibitorio²⁷.

Il problema allora non è (solo) di estendere la legittimazione all'azione *ex art. 844* oltre i soggetti ai quali essa è giurisprudenzialmente attribuita²⁸, o di estendere i presupposti per l'applicazione della disciplina della

in *Kentucky law journal*, 1972, pp. 22 ss.; e la nota *State environmental protection legislation and the commerce clause*, in *Harvard law rev.*, 1974, pp. 1762 ss.

²⁴ Cfr., per valutazioni differenti, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, in RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., pp. 423 ss.; e S. RODOTÀ, *Tecniche privatistiche e controllo sociale*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, pp. 205 ss.

²⁵ Cfr. M. COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 349 ss.

²⁶ Cfr. G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, pp. 175 ss.

²⁷ Attualmente, com'è noto, si tende a limitare l'ambito dell'inibitoria ai cosiddetti diritti assoluti e in particolare alle materie della proprietà, diritti reali e possesso; dei beni immateriali e concorrenza; dei cosiddetti diritti della personalità. Sull'ammissibilità della figura generale dell'inibitoria cfr. le diverse posizioni di SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, cit., p. 169; e di P. TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, s. d., ma Milano, 1970, pp. 90 ss., *ivi*, 107. In generale, cfr. l'ampia e documentata opera di A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.

²⁸ La tendenza prevalente nella giurisprudenza sull'art. 844 riconosce al conduttore la legittimazione a far cessare le molestie derivanti da immissioni intollerabili, e ad ottenere il risarcimento dei danni da esse causati: v. Trib. Firenze, 4 aprile 1952, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, c. 48, con nota di TRABUCCHI; Cass., 26 ottobre 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce

responsabilità civile, ma attiene all'individuazione del fondamento, dei modi e dell'ambito di una tutela civile dai fatti di inquinamento, diretta ad ottenere non già il risarcimento del danno, ma la cessazione dell'attività lesiva; e collegata quindi a situazioni soggettive nelle quali l'interesse non sia rappresentato tipicamente dai vantaggi economici che dal bene possono trarsi, ma da vantaggi d'altro genere, e la cui rilevanza giuridica è assicurata da una serie di norme costituzionali, lette nel loro nesso sistematico (artt. 3, 4, 9, 13, 14, 24, 29, 31, 32, 36, 41 e ss.); con le conseguenze che derivano dal loro carattere non strettamente individualistico, anche se pur sempre individuale, per ciò che concerne la legittimazione ad agire²⁹.

La «razionalità» del complesso normativo indicato e delle forme di tutela delle situazioni giuridiche da esso garantite ha anch'essa, ormai, la sua piena legittimità storica³⁰, almeno quanto la razionalità del diritto privato mercantile che trova espressione nell'art. 844 codice civile.

Proprietà, n. 51-54; App. Roma, 22 gennaio 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Proprietà*, n. 74-76; Pret. Napoli, 21 novembre 1958, in *Riv. giur. edil.*, 1959, I, p. 54; App. Firenze, 29 giugno 1967, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Proprietà*, n. 19 e 31; App. Napoli, 7 maggio 1968, in *Riv. giur. edil.*, 1968, I, p. 1017. Diversamente Cass., 7 luglio 1956, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 307; Trib. Napoli, 21 dicembre 1963, in *Foro it.*, 1964, I, c. 386; App. Napoli, 23 luglio 1966, in *Foro it.*, 1966, I, c. 2126.

Cfr. sul punto, in una prospettiva ampiamente innovatrice, sulla base delle norme costituzionali, M. COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, pp. 211 ss., *ivi*, 273 ss.

²⁹ In attesa della pubblicazione della relazione di Rodotà al convegno di Pavia del 1974 sulle tecniche privatistiche di tutela degli interessi collettivi, cfr. la nota *La tutela degli interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 295 ss.

³⁰ Di una rifondazione del diritto privato come «diritto costituzionale della persona» parla N. LIPARI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tecniche privatistiche e sviluppo della persona*, cit., V ss., *ivi*, XVI.

*Immissioni, ecologia, norme costituzionali**

SOMMARIO: 1. Profili di incostituzionalità dell'art. 844 codice civile secondo l'ordinanza di rimessione del pretore di Bologna – 2. La questione della rilevanza nel giudizio incidentale di costituzionalità. Impostazione del discorso – 3. Caratteri della tutela dalle immissioni nel sistema del codice civile – 4. Rilevanza costituzionale dei problemi dell'ecologia – 5. Principii costituzionali e disciplina delle immissioni – 6. Illecito civile e inquinamento dell'ambiente: una proposta – 7. Sull'applicazione giudiziale in materia ecologica delle norme costituzionali – 8. Problemi di giurisprudenza ecologica.

1. Profili di incostituzionalità dell'art. 844 codice civile secondo l'ordinanza di rimessione del pretore di Bologna

I dubbi avanzati dal pretore di Bologna, all'inizio dell'ordinanza con cui solleva d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 844 codice civile, sulla rispondenza al sistema costituzionale, imperniato sul principio della funzione sociale, di tutta la disciplina della proprietà privata quale risulta complessivamente configurata dal codice civile – sia nella determinazione generale del contenuto del diritto (artt. 832, 833, 844), sia riguardo le varie limitazioni previste o direttamente sancite (artt. 834-40 e 844-6) – costituiscono probabilmente il vero problema che sta a cuore all'estensore. In relazione ad essi, sembra che la controversia minima sottoposta al suo giudizio non abbia costituito nulla più di una occasione esteriore per proporre un tema di così grande rilevanza, in fondo quasi fortuitamente, parrebbe, collegato poi alla questione specifica della incostituzionalità della norma sulle immissioni.

Si spiega in tal modo sia l'audacia nel proporre una questione di legittimità costituzionale evidentemente del tutto irrilevante ai fini della decisione della fattispecie concreta¹, sia una certa difficoltà ad individuare,

* Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 2, cc. 797 ss., in nota a Pret. Bologna, 18 maggio 1972.

¹ La controversia aveva infatti ad oggetto un conflitto di interessi tipicamente rientrante nella fattispecie dell'art. 844 codice civile: gli attori, proprietari di un impianto di bagni pubblici, si dolevano per le esalazioni nocive provenienti da una canna fumaria dell'edificio vicino; la proprietaria di quest'ultimo proponeva a sua volta domanda riconvenzionale per i danni derivati dalle esalazioni di fumo provenienti dall'impianto termico dei bagni pubblici. La somma in discussione era di poche decine di migliaia di lire. Sulla questione della rilevanza nel giudizio incidentale di costituzionalità cfr. *infra*, § 2.

nella più generale discrasia tra il sistema costituzionale e quello del codice, i peculiari profili di incostituzionalità della norma oggetto del giudizio.

Non è chiaro così, tra l'altro, il rapporto che, nell'argomentazione delle ragioni di incostituzionalità della norma del codice, intercorre tra una critica interna all'art. 844 codice civile, relativa al contenuto dei criteri di soluzione del conflitto tra proprietari, ed una critica che invece si colloca all'esterno della norma, denunciandone l'inidoneità a risolvere i gravi problemi dell'ecologia e a tutelare gli interessi sociali che vi si ricollegano.

Si può comunque individuare, nell'ordinanza, l'affermazione di tre profili di incostituzionalità della norma sulle immissioni.

Il primo attiene alla violazione del principio di eguaglianza. L'art. 844 protegge infatti dalle immissioni solo chi sia proprietario di un fondo (che per di più deve essere «vicino» a quello da cui esse provengono). Si realizza in tal modo una disparità di trattamento, basata sulle «condizioni personali e sociali» dell'interessato (art. 3¹ Cost.), che è razionalmente ingiustificabile, perché tutti, indipendentemente dall'essere titolari o meno di un diritto di proprietà – o anche di un altro diritto (reale o personale) di godimento, secondo l'applicazione analogica operata dalla giurisprudenza – su un fondo più o meno distante, possono subire e subiscono le conseguenze nocive delle esalazioni.

In secondo luogo, l'art. 844 riconduce alla sfera dei rapporti privati intersoggettivi la tutela di una serie di interessi che, da un lato, sono protetti dalla Costituzione in via primaria, dall'altro, attengono non solo a soggetti privati che ne possono disporre, ma anche alla collettività nel suo complesso. Non è ammissibile cioè che la tutela della salute (art. 32² Cost.), del paesaggio (art. 9²), dell'utilità sociale e della sicurezza umana (art. 41² e 42²) siano rimesse all'autonomia privata, e in definitiva all'arbitrio dei proprietari dei fondi vicino a quello dal quale l'immissione proviene.

L'ordinanza passa poi a criticare i due criteri principali di composizione del conflitto tra proprietari previsti dall'art. 844.

Il criterio della normale tollerabilità, proprio perché basato sulla tolleranza di uno dei soggetti, pone quest'ultimo in una posizione che già inizialmente è di subordinazione all'attività del titolare del fondo immittente; inoltre, anche nel suo rapporto con gli altri criteri – come la condizione dei luoghi e il cosiddetto preuso –, rende estremamente difficile un giudizio di intollerabilità; lascia infine troppo spazio alla discrezionalità del giudice, non essendo in definitiva ancorato ad alcun parametro oggettivo.

Il criterio poi del temperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà pone un'alternativa che non esaurisce la conside-

razione costituzionale dei vari interessi all'utilizzazione dei beni oggetto di proprietà privata: se vi è un significato univoco della formula della funzione sociale, è quello di attribuire rilevanza in materia all'interesse della collettività (e non solo a quello della produzione, che lungi dall'esaurirlo, può anzi porsi con esso in contrasto), e quindi alla «partecipazione» della collettività alla determinazione dei modi di godimento del bene. È proprio questo interesse sociale ad una utilizzazione del bene non nociva per la collettività che non è tutelato dall'art. 844, che offre un mezzo tecnico di protezione delle immissioni al solo proprietario.

Infine, conclude l'ordinanza, la differenza tra proprietari e non proprietari è presente anche sotto il profilo dell'indennizzo per i danni derivanti dall'immissione: mentre il proprietario vi avrà diritto sul solo presupposto dell'esistenza oggettiva di un fatto immissivo che ecceda i limiti posti dall'art. 844, gli altri soggetti, in base alla norma generale dell'art. 2043 codice civile, dovranno provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, compresa la colpevolezza.

2. La questione della rilevanza nel giudizio incidentale di costituzionalità. Impostazione del discorso

La valutazione dell'effettiva sussistenza di questi motivi di incostituzionalità sarà compiuta *infra* al § 5. Sembra tuttavia preliminarmente opportuno osservare come la questione prospettata dal pretore di Bologna non abbia alcuna attinenza con l'oggetto della controversia, che si pone tra proprietari (non vi è quindi alcun problema di legittimazione), e riguardi interessi minimi, di cui sembra difficile affermare la riconducibilità a principi costituzionali.

Il requisito della rilevanza, nel giudizio incidentale di costituzionalità, non è d'altronde da riferire, come è detto nell'ordinanza, «all'esigenza minima che la questione abbia riferimento a leggi o disposizioni di legge, delle quali il giudice debba, comunque, direttamente o indirettamente fare applicazione nel processo che si svolge avanti a lui», ma si identifica col diverso presupposto che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionalità» (art. 23², L. 11 marzo 1953, n. 87).

La Corte costituzionale, nell'interpretare questa norma, pur ritenendo che il giudizio di rilevanza sia di massima riservato al giudice *a quo*, ha

dichiarato tuttavia la inammissibilità della questione tutte le volte che ne sia manifesta l'irrelevanza ai fini della risoluzione della controversia, e ciò possa evincersi *ex actis*²

Sembra lecito dunque prospettare l'ipotesi che un destino simile possa essere riservato anche all'ordinanza che si annota.

Tuttavia l'interesse della questione, che coinvolge temi di grande importanza teorica e operativa – come quello del contenuto e del tipo di precettività della disciplina costituzionale dei rapporti economici, o l'altro delle condizioni e dei limiti di una utilizzazione delle tecniche privatistiche per il controllo sociale delle attività economiche private –, induce ad entrare nel merito delle tesi del pretore di Bologna, indipendentemente dalla previsione di un giudizio di irrilevanza da parte della Corte costituzionale.

In questo ampio quadro, le nostre brevi note si propongono il più limitato obiettivo di un contributo all'accertamento del reale significato della discordanza, messa in rilievo dall'ordinanza di rimessione, tra la disciplina delle immissioni contenuta nel codice civile, e il sistema costituzionale per tentare poi su questa base di stabilire se la via, proposta dal pretore di Bologna, del ricorso alla Corte costituzionale offra veramente la possibilità di ottenere una effettiva tutela degli interessi sociali costituzionalmente rilevanti ed un'ipotesi valida di soluzione degli attuali, pressanti, problemi dell'ecologia; o se l'interprete non possa proporre a tal fine, in base ai dati normativi, strumenti tecnici privatistici più adeguati; o se, infine, non appaia invece per lui preferibile assumersi la responsabilità di dichiarare l'insufficienza delle strutture giuridiche ed invocare l'intervento legislativo³ (anche, eventualmente, per una più generale sfiducia nell'efficacia delle tecniche privatistiche ai fini di controllo sociale).

Il discorso non pretenderà, in altri termini, che di offrire alcuni spunti per una discussione sulla possibilità (in ordine sia ai presupposti normativi che alla concreta realizzabilità) di una tutela dagli inquinamenti che sia attribuita ai privati in quanto tali, ed operi pertanto attraverso tecniche privatistiche.

A questa prospettiva è finalizzata anche la ricognizione – pertanto necessariamente circoscritta e incompleta – dei dati del problema: cioè sia del contenuto della norma sulle immissioni, sia delle linee generali della

² Cfr. sent. 27 febbraio 1962, n. 12, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, cc. 751 ss.; sent. 30 maggio 1963, n. 77, *ivi*, 1963, I, 1, cc. 1069 ss.; sent. 30 dicembre 1968, n. 142, *ivi*, 1969, I, 1, cc. 596 ss. Cfr. anche C. LAVAGNA, *La Costituzione italiana*, Torino, 1970, p. 990.

³ Cfr. P. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *ID.*, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, pp. 323 ss., *ivi*, p. 359.

disciplina costituzionale dei rapporti economici in relazione ai problemi attuali di una società neocapitalistica in materia di inquinamenti.

3. Caratteri della tutela dalle immissioni nel sistema del codice civile

Il problema che il legislatore si proponeva di risolvere, nell'introdurre per la prima volta nel codice civile una norma di disciplina delle immissioni, era unicamente quello, consegnatogli dalla tradizione, di risolvere il conflitto di interessi tra proprietari di fondi vicini per le influenze derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi. Ciò nonostante, la norma dell'art. 844 codice civile presenta una complessità notevole, che ha la sua spiegazione in varie ragioni, anche di carattere concettuale ed ideologico.

È noto come l'individuazione del «criterio generale del regolamento dei rapporti di vicinanza» abbia sempre incontrato una difficoltà – che si presenta apparentemente come di ordine puramente teorico – precedente ancora la determinazione contenutistica del criterio, e relativa al diverso modo di ricostruire la situazione reale fondamentale.

Pur nel quadro, infatti, della concezione della proprietà privata come diritto assoluto, da limitare volta per volta in presenza di altri interessi, pubblici o privati, contrastanti, la disciplina delle immissioni può essere impostata secondo due diverse prospettive teoriche.

Dando la prevalenza al lato interno del diritto, alla pienezza della facoltà di godimento, il limite è costituito in relazione al principio «*qui suo iure utitur ...*», la cui piena applicazione comporterebbe la liceità di tutte le immissioni derivanti dall'attività svolta dal proprietario sul fondo proprio. Costruendo invece la proprietà come *ius excludendi alios*, la regola da limitare sarà quella del «*quatenus in alienum nihil immittat*», che si per sé escluderebbe la liceità di qualunque ripercussione di una attività esterna sul fondo oggetto del diritto⁴.

⁴ Per il primo indirizzo concettuale cfr. per tutti B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., I, Torino, 1930, p. 595; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, cc. 37 ss.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, pp. 22 ss.; per il secondo, A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*², trad. it., Padova, 1951, pp. 162 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*³, trad. it., Milano, 1959, pp. 12 ss.; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, I, Torino, 1958, p. 607; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, pp. 12 ss.

Sul carattere storicamente determinato della dicotomia v. ora M. COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni* (in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972, pp. 187 ss.), pp. 248 e ss. Sulla corrispondente infungibilità

La formula, adottata dal codice, del «non poter impedire» si ricollega a questa seconda prospettiva, in maniera forse incongrua rispetto sia alla definizione di proprietà data dall'art. 832, sia ad altre ipotesi nelle quali sembra che più propriamente il «dover permettere» si ricollegli ad una situazione di soggezione del proprietario nei confronti di una attività esercitata da altri sul suo fondo, come nelle fattispecie degli artt. 842 e 843.

In questa sede, ciò che interessa notare è unicamente il sottofondo ideologico di questa scelta, che sembra privilegiare già nell'adozione della formula la posizione del soggetto attivo⁵. Tuttavia ciò non modifica la prospettiva privatistica del tipo di conflitto che la norma intende risolvere, e neppure incide sulla determinazione contenutistica del criterio e quindi sulla soluzione concreta della fattispecie.

La scelta a favore del soggetto immettente è esplicita invece nel 2° comma dell'art. 844, in base al quale il giudice, nell'applicare il criterio di risoluzione del conflitto, che è quello della normale tollerabilità «avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi», deve «contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà».

Normativamente, la consapevolezza della ben maggiore gravità e rilevanza del problema rispetto ai dati tradizionali, in relazione allo sviluppo industriale che determina conflitti coinvolgenti interessi non riconducibili ai consueti esempi delle immissioni di fumo provenienti dal braciere o dal forno del vicino, si traduce quindi in una scelta a favore della immissione industriale, la cui liceità è estesa anche al di là del limite della normale tollerabilità.

Il «contemperamento» si traduce pertanto, per necessità logica⁶, in una

ideologica cfr. A. DI MAJO, voce *Situazioni giuridiche*, in *Enc. Feltrinelli Fisher*, 31, *Diritto*, 2, Milano, 1972, pp. 445 ss., *ivi*, pp. 453 ss. Ne risulta così confermato il carattere non adiaforo delle tecniche giuridiche: U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*³, Roma, 1972, pp. 163 ss.

⁵ Cfr. G. TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti* (in LIPARI, *Diritto privato*, cit., pp. 395 ss.), pp. 414 ss. In questo senso è indubbiamente da condividere l'affermazione, contenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui «risolvere il conflitto tra due soggetti in termini di tolleranza per uno dei due, significa già postulare una differente posizione di base tra un soggetto attivo e un soggetto passivo destinato a subire».

⁶ È una scelta, in altri termini, che privilegia la nuova proprietà, quella industriale, rispetto alla tradizionale proprietà fondiaria. Secondo COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, cit., p. 255, invece, proprio la necessità del contemperamento comporterebbe l'esclusione della prevalenza di uno degli interessi in conflitto sull'altro. Sembra possibile obiettare che la soluzione del conflitto tra proprietari è data, in termini formalmente paritari, dal 1° comma dell'art. 844. La valutazione dell'interesse della produzione introduce pertanto un nuovo elemento da ponderare, e

scelta a favore della produzione, espressiva di quella ideologia del produttivismo di cui il codificatore intese farsi portatore.

La difficoltà di ricostruzione concettuale della disciplina delle immissioni nel quadro della teoria tradizionale della proprietà⁷, il contrasto tra le fattispecie storicamente tipiche di immissione e i problemi di una società industriale capitalistica⁸, la volontà di innestare nella disciplina i portati della ideologia del produttivismo concorrono quindi a spiegare le ragioni di una regolamentazione estremamente complessa⁹, che ha fatto persino

la necessità della tutela comporterà una subordinazione della posizione del proprietario rispetto a quella che sarebbe diversamente risultata in base all'art. 844¹. In questo senso, l'indirizzo giurisprudenziale che ha privilegiato la tutela della produzione, se non pare rispondente ai principi costituzionali in materia, è indubbiamente in linea con quella politica del diritto di cui il codice del 1942 è espressione.

⁷ Le due contrastanti concezioni indicate *supra* (v. nota 4) si riflettono talvolta anche nell'elaborazione di criteri sostanzialmente analoghi, come quello della «normalità» dell'immissione, che può essere costruito sia come uso normale della proprietà, considerando il fondo immettente, sia come normale tollerabilità dell'immissione, considerando il fondo immesso. Sulle origini storiche della norma, e sulle teorie variamente proposte (da Bekker, Jhering, Scialoja, Bonfante, Brugi, ecc.) per dettare il «criterio generale di regolamento dei rapporti di vicinato», cfr. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Bologna-Roma, 1957, pp. 166 ss. In realtà la concezione della proprietà come diritto assoluto comporta la visione del fondo come entità a sé stante, isolata dal resto del mondo, e soggetta al potere esclusivo del proprietario, che acquista così connotati analoghi a quelli della sovranità statale. La questione delle immissioni introduce in questo schema il problema della tutela di un altro interesse, che è però ancora interno allo schema, proprio perché è interesse di un «altro» proprietario. La rottura dello schema deriva quindi da una necessità interna allo schema stesso, contraddicendo così intrinsecamente il carattere esclusivistico del rapporto soggetto-bene, e introducendo la prima considerazione di un momento «sociale». Siamo però sempre all'interno di una società di proprietari: e perciò i limiti «che risultano dalla esigenza di assicurare la coesistenza delle varie sfere di libertà individuali, tutte egualmente degne di rispetto, *non sono in realtà limiti dell'autonomia ma suoi aspetti essenziali*, riflesso del carattere bilaterale delle norme di diritto civile» [R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, s.d., ma Milano, 1964, pp. 904 ss., *ivi*, p. 911 (corsivo nostro)].

⁸ Diverse esigenze esprime la tendenza a ricondurre sotto la disciplina delle immissioni fattispecie molto diverse da quelle tradizionali, riconducibili ad una sorta di «immissioni morali» nella sfera della coscienza di ciascuno, e quindi vicine piuttosto alla tematica dei diritti della personalità. Cfr. MICCIO, *L'uso anormale della cosa propria. Osservazioni sui danni derivanti ai vicini dall'esercizio di una casa di meretricio*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, pp. 171 ss.

⁹ Sul dibattito derivante dalle difficoltà interpretative dell'art. 844 cfr. per tutti A. GALLINARI, *Le immissioni indirette e l'art. 844 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, pp. 280 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 346 ss.; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 197 ss.; V. LOIACONO, *Gli atti di immissione*, I, Milano, 1972, p. 114 ss.

dubitare del carattere di norma giuridica dell'art. 844, per la sua indeterminatezza nel precetto come nella sanzione¹⁰.

Questo dubbio, in quanto legato ad una non accettabile visione del nesso tra legge e giurisdizione, non ha ragion d'essere. Tuttavia esso è espressivo del carattere peculiare della norma, che attribuisce al giudice un potere estremamente ampio nella composizione concreta del conflitto di interessi, data la presenza contestuale, anche se non paritaria, di ben quattro criteri (la normale tollerabilità, il «contemperamento», le condizioni dei luoghi, il cosiddetto preuso), il cui stesso contenuto, e i cui reciproci rapporti, sono tutt'altro che evidenti nella fattispecie normativa.

C'è da aggiungere che la giurisprudenza ha usato della elasticità della norma con un'ampiezza inconsueta. Non a caso ciò è avvenuto proprio nell'applicazione del 2° comma dell'art. 844, dove la concezione tradizionale («le ragioni») della proprietà privata urta con la necessità (normativamente prevista: «il giudice deve») del contemperamento con le esigenze della produzione.

Essendo infatti l'art. 844 una norma conformativa del diritto di proprietà e quindi una specificazione del rinvio stabilito nella seconda parte dell'art. 832 in ordine alla determinazione normativa dei limiti e degli obblighi alle facoltà di godimento e di disposizione del proprietario, la soluzione del conflitto di interessi in essa previsto non dà luogo, di per sé, a danno ingiusto, e pertanto parrebbe escludere l'ammissibilità della richiesta di un risarcimento per il conseguente minor valore del fondo.

Di ciò si è ben resa conto la giurisprudenza; e tuttavia la ideologia della proprietà come diritto assoluto è apparsa anche in questa circostanza così radicata da indurre ad introdurre il principio, immediatamente «consolidatosi» ed ormai incontestato, che qualora, in base al contemperamento previsto dal 2° comma dell'art. 844, il giudice statuisca la liceità della immissione anche al di là del limite della normale tollerabilità, al proprietario del fondo immesso sia dovuto un indennizzo commisurato alla capitalizzazione del minor reddito del fondo, ovvero alla diminuzione del valore capitale¹¹.

Si determina così una singolare vicenda: la conformazione delle situazioni di proprietà è operata dal giudice in base alla norma ed entro lo schema del regolamento di rapporti di vicinato; e tuttavia la legittimazione all'esercizio del diritto corrispondente è subordinata alla corresponsione di un indennizzo. Si comprendono agevolmente le difficoltà della dottrina

¹⁰ LOIACONO, *Gli atti di immissione*, cit., p. 114; e cfr. le osservazioni di COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, cit., pp. 252 ss.

¹¹ Cfr. sent. Cass., 21 dicembre 1942, in *Giur. it.*, 1943, I, 1, cc. 173 ss.; Cass., 16 luglio 1943, *ivi*, 1944, I, 1, cc. 19 ss. La giurisprudenza è rimasta assolutamente costante.

nella qualificazione della natura dell'indennizzo: chi segue l'opinione giurisprudenziale per cui l'indennizzo è conseguenza della determinazione del contenuto di due diritti, deve poi inserire la prestazione di un corrispettivo nella disciplina della proprietà; mentre ancora maggiori sono le perplessità suscitate dal tentativo di ricondurre le conseguenze di un atto lecito alla disciplina della responsabilità; o, ancora di più, di inquadrare la fattispecie nella categoria delle servitù coattive¹².

Più aderente alla giurisprudenza è l'opinione per la quale, una volta che sia legittimato dal giudice in base all'art. 844², il proprietario immittente esercita il suo diritto di proprietà, e la indennità corrisponde alla subordinazione che ne consegue del diritto dell'altro proprietario: vicenda che si collega, quanto meno nei presupposti ideologici, alla categoria delle «limitazioni sostanzialmente espropriative», escogitata, come è noto, dalla Corte costituzionale nell'interpretazione dell'art. 42 Cost.¹³.

Se si tiene per fermo che il diritto all'indennizzo *ex art. 844²* è cosa diversa dal diritto al risarcimento del danno per illecito civile, si evitano anche possibili equivoci circa l'altra affermazione giurisprudenziale, secondo cui l'art. 844 non è mai norma direttamente azionabile di per sé, ma costituisce il criterio di valutazione della giuridicità del comportamento dell'immittente, in base al quale il proprietario del fondo immesso potrà agire con l'azione negatoria, quando ricorrano i presupposti dell'articolo 949; con l'azione generale *ex art. 2043* negli altri casi¹⁴.

¹² Per la teoria della responsabilità da atto lecito cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1952, II, p. 285; della responsabilità oggettiva per rischio TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 348; per l'inquadramento della fattispecie nella categoria delle servitù coattive GALLINARI, *Le immissioni indirette e l'art. 844 cod. civ.*, cit., p. 287. Il problema sostanzialmente ci sembra consistere nell'accertare se si tratti di un diritto autonomo rispetto a quello di proprietà (così D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, p. 743), o di una facoltà rientrante nel contenuto del diritto. Per quest'ultima prospettiva, che è quella assunta nel testo, cfr. V.M. CAFERRA, *Immissioni illecite e danno futuro*, in *Foro it.*, 1970, I, 1, cc. 914 ss.

¹³ Cfr. per tutti sent. Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, cc. 7 ss.; e A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 465 ss. Considerazioni critiche che si condividono pienamente in M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. del dir.*, 1971, pp. 443 ss. Al concetto di espropriazione facevano del resto riferimento alcune delle prime sentenze in materia, per giustificare appunto la corresponsione dell'indennizzo: v. sent. Cass., 12 luglio 1940, in *Mon. Trib.*, 1941, pp. 135 ss.

¹⁴ Cfr. già P. BONFANTE, *L'azione negatoria e l'azione di danni nei rapporti di vicinato*, in *Foro it.*, 1926, I, cc. 26 ss.; e DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., pp. 175 e 443 ss. È opinione largamente dominante in dottrina e giurisprudenza che la negatoria sia esperibile solo quando siano (esplicitamente, ovvero per la natura della turbativa o la qualità del

Ne deriva che, quando le immissioni (che siano antiggiuridiche in base ai criteri posti da entrambi i commi dell'art. 844) implicino l'affermazione di un diritto sul fondo vicino, il proprietario di questo potrà ottenerne, per ciò solo, la cessazione *ex art.* 949, salvo agire eventualmente per il risarcimento del danno in base all'art. 2043; quando la negatoria non sia esperibile, il proprietario sarà tutelato solo dalla disciplina dell'illecito civile, e dovrà quindi dare, anche ai fini dell'inibizione, la prova della colpevolezza dell'immissione, restando inoltre soggetto al limite del 2° comma dell'art. 2058¹⁵.

Quel che sembra però necessario porre nel massimo rilievo è che, in un caso e nell'altro, la qualificazione di giuridicità-antigiuridicità del fatto immissivo riguarderà soltanto l'interesse preso in considerazione dall'art. 844, cioè l'interesse all'esclusività del godimento del fondo da parte del proprietario.

Ciò è evidente per l'azione negatoria, ma non è meno vero quando si agisca attraverso l'art. 2043: la valutazione desumibile dalla norma sulle immissioni riguarderà l'ingiustizia del danno subito dal proprietario in ordine al godimento del fondo, ma non pregiudicherà valutazioni diverse dalla liceità dello stesso fatto, quando sia in questione una situazione giuridica diversa dal diritto di proprietà.

In altri termini, un fatto immissivo che sia lecito, in base ai 2 commi dell'art. 844, in relazione all'interesse del proprietario (o del titolare di altro diritto di godimento su quel fondo: enfiteuta, usufruttario, conduttore) al godimento del fondo, potrà non esserlo quando siano in considerazione interessi diversi, o dello stesso proprietario, o di altri soggetti.

La qualificazione cioè di giuridicità va operata in base all'art. 844 quando si fa valere, con azione reale o personale, il diritto sul bene costituito dal fondo; può essere operata in base ad altre norme quando, in relazione allo stesso fatto, sia in questione la tutela di beni diversi.

Le conseguenze che ne derivano coinvolgono evidentemente tutto il discorso svolto nell'ordinanza di rimessione; su esse si tornerà in seguito (cfr. *infra* § 5).

soggetto che la compie) affermati da terzi diritti sulla cosa. Quando invece, in base agli stessi elementi, le immissioni diano luogo unicamente ad una violazione materiale della sfera giuridica altrui, è esperibile solo l'ordinaria azione di risarcimento. Chiarissima in proposito Cass., 14 marzo 1968, n. 833, in *Riv. giur. edil.*, 1968, I, pp. 1332 ss., e *ivi* nota di E. FAVARA, *Immissioni, azione negatoria e azione risarcitoria*. In generale, sui rapporti tra azione personale e azione reale a difesa della proprietà privata v. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 156 ss.

¹⁵ Cfr. CAFERRA, *Immissioni illecite e danno futuro*, cit., cc. 918 ss. Sul problema dell'elemento soggettivo dell'illecito civile v. comunque anche *infra*, § 6.

Si possono aggiungere ancora due considerazioni utili ad un giudizio complessivo sull'art. 844. La norma del codice, intendendo risolvere unicamente un conflitto (relativo al godimento dei rispettivi fondi) tra due proprietari, formalmente parificati in una situazione di reciprocità, si risolve in realtà a vantaggio del soggetto attivo di un rapporto che concretamente non è paritario¹⁶, e, in materia di immissioni industriali, determina più una tutela dell'immittente (consentendogli lo svolgimento di un'attività altrimenti antigiuridica), che una tutela dalle immissioni; correlativamente, nella soluzione del conflitto, l'interesse della collettività non viene in considerazione, se non in quanto sussunto nell'interesse del produttore attraverso la formula della «esigenze della produzione», coerentemente del resto a quella che è la concezione dell'interesse generale propria del sistema del codice¹⁷.

Lo strumento tecnico di tutela dell'interesse all'impedimento delle immissioni *ex art.* 844 potrà essere l'azione negatoria o l'azione personale di responsabilità civile; in un caso e nell'altro, proprio perché l'interesse, di cui la norma in esame gradua la tutela, attiene unicamente all'esclusività del godimento del fondo, altri interessi aventi oggetto diverso, appartengano allo stesso proprietario o siano invece riferibili ad altri soggetti, non sono coinvolti né possono essere pregiudicati da una valutazione operata sulla base dei criteri posti dall'art. 844.

4. Rilevanza costituzionale dei problemi dell'ecologia

È incontestabile che una norma del genere dell'art. 844 codice civile non offra uno strumento di protezione adeguato ai soggetti della collettività per le conseguenze che si ripercuotono su essi di una attività industriale che appaia formalmente lecita in base alle norme che disciplinano direttamente l'utilizzazione dei beni economici privati.

È il problema dei riflessi ecologici dell'attività economica privata: le immissioni dirette o indirette di sostanze inquinanti nel mare o nelle acque dolci, gli scarichi insalubri nell'atmosfera, l'inquinamento del suolo urbano o della campagna in conseguenza dell'emissione di scorie o di rifiuti, l'inquinamento acustico da rumori nocivi, la deturpazione del paesaggio, le

¹⁶ Cfr. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., pp. 168 ss.

¹⁷ Cfr. NICOLÒ, voce *Codice civile*, cit., p. 248 ss.; P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, cc. 209 ss.

radiazioni derivanti dagli impianti termo-nucleari: in generale tutte quelle ipotesi in relazione alle quali si pone nella scienza economica il problema dell'esternalità, cioè di quel fenomeno per cui una data attività produce effetti negativi (teoricamente il problema sussiste anche per gli eventuali effetti positivi) su altri soggetti, senza riflettersi – in termini economici – sui profitti o sui costi del soggetto che li ha provocati¹⁸.

Quando manchino o siano insufficienti o inapplicate norme amministrative o penali di disciplina della materia, la norma sulle immissioni non può certo assicurare una tutela sufficiente all'interesse dei privati che siano investiti dall'attività nociva – indipendentemente dal loro rapporto con un determinato fondo – o direttamente nella loro stessa integrità fisica, o in relazione a beni della vita che siano, anche solo sotto determinati aspetti, comuni a tutti.

Ma ciò deriva non già da una carenza interna all'art. 844, o dall'inadeguatezza dei criteri di valutazione della giuridicità delle immissioni in esso contenuti, bensì dal fatto che il bene di cui si avverte l'esigenza di tutela giuridica non è più il fondo (quanto meno come oggetto di godimento esclusivo), ma la salute, o i beni naturali giuridicamente o socialmente comuni a tutti. Esattamente il pretore di Bologna richiama, come termini di rilevanza costituzionale dell'interesse della collettività a questi beni, gli artt. 9² e 32¹, che pongono il paesaggio e la salute come oggetto di tutela primaria da parte della Repubblica.

È proprio quindi la considerazione dell'oggetto della tutela che cambia, rispetto alla previsione dell'art. 844: non è più rilevante l'interesse, privatisticamente tutelato con l'attribuzione del diritto di proprietà – o di un altro diritto, reale o personale, di godimento –, all'utilizzazione esclusiva di un fondo; anzi, in alcune ipotesi, mancherà addirittura un bene oggetto di diritto privato di godimento.

Ciò risulterà forse più evidente da un chiarimento su quello che pare essere il significato della rilevanza costituzionale dell'interesse sociale nella materia ecologica.

Rinviando ad altra sede per una argomentazione analitica¹⁹, si possono proporre due indicazioni di massima sufficienti a consentire lo svolgimento del discorso.

¹⁸ Cfr. E. GERELLI, *La tutela delle risorse naturali*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, pp. 51 ss.

¹⁹ Si rinvia ad uno studio, in corso di completamento, sull'efficacia diretta del principio costituzionale della funzione sociale sulle situazioni di proprietà privata, per uno svolgimento più ampio e argomentato di molte affermazioni contenute in questo paragrafo e nel successivo § 8.

In primo luogo, la tutela primaria, da parte della Costituzione, della salute, del paesaggio ed in genere di una vita civile e «dignitosa» (artt. 32¹, 9², 3¹ e ², 36¹, 41²)²⁰ non può non tradursi, per il carattere stesso del bene protetto, in una tutela dell'interesse di tutti i soggetti della collettività, in quanto tali, al godimento di questi beni.

In secondo luogo, l'utilità sociale, intesa come formula riassuntiva di quegli interessi protetti dalla Costituzione come di pertinenza della collettività in relazione a valori metaeconomici²¹, è istituzionalmente contrastante con la libera esplicazione del potere economico privato.

In altri termini, la Costituzione valuta molto bene come il naturale svolgimento delle forze economiche sulla base della legge del profitto non consenta una automatica difesa dei beni sociali, e come, pertanto, il conflitto tra interesse economico privato e interesse sociale postuli soluzioni che siano normative, e quindi coattive per il potere economico privato. Ciò risulta con evidenza dalle norme degli artt. 42²⁻³, 42² e 43, che contestualmente istituzionalizzano il conflitto e predispongono gli strumenti di una sua soluzione coattiva²².

Se si accettano queste indicazioni, si converrà che il problema si pone nei termini di accertare se, in presenza di una situazione conflittuale tra

²⁰ Sarebbe interessante un esame della rilevanza nella nostra Costituzione di un concetto di «dignità umana» analogo al *Würde des Menschen*, oggetto specifico di tutela nell'art. 1 del *Grundgesetz*. Questo esame potrebbe individuare sia la diversa prospettiva ideologica in cui si porrebbe una determinazione contenutistica del concetto (rispondente alla diversa caratterizzazione – derivante dalle note ragioni storico-politiche – che ha l'accordo compromissorio nelle due Costituzioni), sia gli strumenti di possibile operatività della nozione nel nostro ordinamento. Cfr. K.A. NEUMAN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, II, pp. 1 ss.; più in generale, sulla tematica della *Drittwirkung*, W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin, 1960, pp. 363 ss.; P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 1 ss., *ivi*, pp. 33 ss.; ID., *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Giocchino Scaduto*, Padova, 1970, II, pp. 529 ss.

²¹ Cfr. *supra*, nota 19. Per la prospettiva assunta v. comunque U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, pp. 87 ss. In direzione parzialmente diversa S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 1252 ss., *ivi*, pp. 1270 ss.; e le indicazioni di teoria generale di R. POUND, *Giustizia, diritto, interesse*, trad. it., Bologna, 1962, pp. 281 ss. Cfr. anche, per altre informazioni e per una soluzione «comunitaria» del problema della determinazione contenutistica del qualificativo «sociale», A. GENTILI, *Proporzionalità della retribuzione e «sfruttamento antisociale» del lavoro*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, pp. 1941 ss.

²² Anche per questo problema appare impossibile fornire sufficienti indicazioni di letteratura giuridica. Più utile è forse rinviare, per i termini generali del problema dei rapporti fra libertà di iniziativa economica e difesa degli interessi sociali, a F. FORTE, *Manuale di politica economica*, I, Torino, 1970, pp. 117 ss. e 363 ss.

interesse sociale in materia ecologica, costituzionalmente protetto, e lo svolgimento di un'attività economica privata, che non sia risolto autoritariamente con un intervento pubblico, sussistano tecniche privatistiche di tutela di quell'interesse, cioè strumenti mediante i quali il privato possa agire in quanto tale nei confronti del soggetto autore del fatto lesivo e ottenerne la cessazione.

5. *Principii costituzionali e disciplina delle immissioni*

Uno strumento di questo genere non può essere offerto dall'art. 844 codice civile.

Ciò tuttavia non importa di per sé la conseguenza dell'affermazione dell'incostituzionalità di questa norma. Bisogna in proposito tenere nettamente distinto l'incontestabile rapporto di *non attuazione* esistente tra la norma del codice e i precetti costituzionali in materia, dal giudizio, ben diverso, per il quale essa sia invece da ritenersi *in contrasto* con quei precetti.

A ben vedere, l'ordinanza di rimessione del pretore di Bologna ha un senso se se ne individua il *petitum* reale nella richiesta di una sentenza interpretativa (di accoglimento o di rigetto) da parte della Corte costituzionale. Una sentenza che dichiarasse *tout court* l'incostituzionalità dell'art. 844, facendo venire meno il criterio di risoluzione del conflitto, importerebbe infatti come conseguenza, a seconda della linea concettuale adottata nella ricostruzione del rapporto tra lato interno e lato esterno del diritto di proprietà (cfr. *supra*, § 3) o la liceità di tutte le immissioni sul fondo altrui, o la loro totale illiceità: conseguenze, evidentemente, entrambe assurde.

Se si approfondisce però la valutazione delle critiche alla norma del codice contenute nell'ordinanza, ci si avvede che in parte esse sono inutili, perché vi può sopperire il giudice nella sua attività di interpretazione evolutiva della normazione ordinaria sulla base dei principi costituzionali, in parte non paiono accoglibili, perché basate, sembra, su un fraintendimento del rapporto esistente tra l'art. 844 e le norme costituzionali considerate.

La prima valutazione riguarda la critica che si può definire «interna» alla norma, in quanto attiene al contenuto dei criteri di risoluzione del conflitto tra proprietari.

Se il giudice ritiene che l'interpretazione consueta di questi criteri sia inadeguata alla luce delle norme costituzionali, o anche che essi abbisognino di una integrazione contenutistica in relazione al principio della funzio-

ne sociale della proprietà privata, potrà operare direttamente la risoluzione del conflitto sulla base dei criteri così interpretati o integrati, senza che sia necessario che a ciò soccorra una pronuncia della Corte costituzionale²³. Così la normale tollerabilità della immissione andrà valutata sulla base delle norme costituzionali rilevanti in materia, come l'art. 32¹, e analogamente andrà operato il giudizio di contemperamento tra le ragioni della proprietà – che in tal modo evidentemente non potranno essere soddisfatte con la corresponsione di un indennizzo, per il carattere primario del diritto alla salute²⁴ – e le esigenze della produzione.

Quanto poi alle critiche «esterne» alla norma, che ne denunciano l'inidoneità a proteggere gli interessi sociali in campo ecologico, c'è da dire che esse trascurano un fattore fondamentale, che cioè ben diversa è la *ratio* della norma, volta unicamente a risolvere il conflitto tra proprietari di fondi vicini in ordine al godimento di un bene immobile e pertanto anche intrinsecamente inapplicabile alla disciplina di fattispecie diverse.

Questo equivoco sembra condizionare tutte le argomentazioni contenute nell'ordinanza. È evidente, ad esempio, che se è vero che la norma dell'art. 844, riguardando un diritto privato patrimoniale disponibile, è derogabile dalle parti, non è meno vero che un eventuale accordo in proposito raggiunto tra i proprietari dei fondi vicini non potrà in alcun modo pregiudicare i diritti spettanti eventualmente ad altri soggetti, oltretutto perché gli interessi lesi sarebbero in tal caso diversi dall'interesse oggetto dell'autonoma disposizione del proprietario del fondo immesso, che è unicamente l'interesse al godimento esclusivo del suo fondo. A meno che l'estensore dell'ordinanza non intenda affermare l'indisponibilità del diritto ad impedire le immissioni per lo stesso proprietario del fondo immesso, in relazione al carattere primario dell'interesse in questione, analogamente a quanto disposto dall'art. 5 codice civile, per gli atti di disposizione del proprio corpo: ma, anche in tal caso, non mancheranno all'interprete gli strumenti per accertare la nullità della convenzione, senza che sia necessario (e neppure ipotizzabile) l'intervento della Corte costituzionale.

Si arriva così a quello che è il fulcro della questione di incostituzionalità

²³ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 17 ss.; e U. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, 1965, pp. 120 ss.

²⁴ Si può così prospettare un'individuazione nuova delle «ragioni della proprietà». Ristretta nei limiti quantitativi e qualificativi della proprietà personale, essa può apparire, in prospettiva, strumento della protezione della personalità, in un senso profondamente diverso rispetto a quello espresso dalla kantiana connessione di *Freiheit und Eigentum*. Per la garanzia della proprietà personale nei paesi di democrazia popolare cfr. P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 1 ss., *ivi*, pp. 54 ss.

sollevata dal pretore di Bologna: il contrasto con l'art. 3 Cost. della limitazione della legittimazione attiva al solo proprietario (o titolare di altro diritto di godimento) del fondo immesso. Quanto detto sopra (§ 3, in fine), sulla possibile differente valutazione di giuridicità del fatto immissivo a seconda del tipo di diritto che si fa valere contro di esso, sembra svuotare però l'argomento del suo valore. In effetti, essendo l'interesse preso in considerazione dalla norma ai fini della graduazione della tutela soltanto l'interesse al godimento esclusivo del fondo, è evidente che la corrispondente legittimazione spetta unicamente a chi sia titolare del relativo diritto di godimento, senza che ciò possa in alcun modo ritenersi contrastante con il principio di eguaglianza, come non vi contrastano tutte le altre norme che determinano analogamente la legittimazione ad un'azione reale.

In realtà, il problema dell'individuazione di uno strumento tecnico che consenta al privato di opporsi *uti socius* al fatto immissivo lesivo di un interesse sociale costituzionalmente rilevante è un problema che non ha alcuna attinenza con la norma dell'articolo 844, che intendendo risolvere un conflitto tra proprietari²⁵, si limita ad offrire i criteri per una valutazione dell'antigiuridicità delle immissioni unicamente in relazione alla lesione del diritto di proprietà privata, senza consentire, è vero, la protezione di interessi diversi, ma anche senza poter coinvolgerli o pregiudicarli in alcun modo: né si vede in quale maniera una sentenza, anche interpretativa, della Corte costituzionale potrebbe sopperire a questa intrinseca indifferenza, strutturale e funzionale, della norma al problema della tutela degli interessi sociali nel campo dell'ecologia.

L'art. 844 codice civile, pertanto, pur non essendo certo di per sé attua-

²⁵ La legittimazione attiva (e anche quella passiva) viene estesa analogicamente dalla giurisprudenza anche agli altri soggetti che si trovino in rapporto di godimento con il fondo: titolari di altri diritti reali, possessori, locatari. Questa impostazione, indubbiamente da condividersi, lungi dal contraddire, sembra confermare quanto detto nel testo. Il problema infatti è l'individuazione del bene tutelato dalla norma sulle immissioni: ed esso è l'esclusività del godimento del fondo. Il problema dell'illiceità delle immissioni pregiudizievoli di beni diversi, desumibili dai valori considerati primari dalla Costituzione, si pone in termini diversi, e non è mediabile attraverso l'art. 844. Come si dirà più avanti (§§ 6 e 7), infatti, essa è conseguenza diretta della violazione delle norme costituzionali, ed estranea ai criteri di composizione del conflitto posti dalla norma del codice, che riguardano solo i soggetti interessati al godimento del fondo, ed in relazione a questo interesse. Ciò consente, oltre tutto, di svincolare completamente la determinazione dell'antigiuridicità, quando siano in questione interessi costituzionalmente protetti, dal contenuto di quei criteri, ed inoltre dall'esistenza stessa di un fondo oggetto di un diritto privato di godimento. Per questi motivi non si condivide la proposta di estendere la legittimazione *ex art. 844* oltre i soggetti cui essa è attualmente attribuita. Diversamente COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, cit., p. 256.

tivo del principio costituzionale della funzione sociale o degli altri precetti costituzionali rilevanti in materia ecologica, non pare possa però neppure considerarsi in contrasto con essi, proprio perché ha un ambito d'azione di larga misura esterno all'uno e agli altri.

6. *Illecito civile e inquinamento dell'ambiente: una proposta*

La ricerca di una norma che offra uno strumento di tutela al privato nei confronti del fatto immissivo, indipendentemente da una sua relazione di godimento con un fondo e quindi dall'ambito di applicazione dell'art. 844 codice civile, dovrebbe essere piuttosto rivolto in direzione della disciplina dell'illecito civile, posta dagli artt. 2043 ss. codice civile.

Le recenti proposte di una nuova interpretazione di questa disciplina²⁶ consentono di superare molte difficoltà che si incontrerebbero altrimenti, nel quadro della teoria tradizionale della responsabilità, nel delineare una tutela privatistica dalle immissioni che prescindano dalla titolarità di un diritto di godimento su un fondo.

La netta distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità civile²⁷ consente così di svincolare la qualificazione di anti-giuridicità dalla presenza di un danno patrimoniale, e di prendere in considerazione la possibilità di tutela del godimento, da parte del singolo, di beni comuni a tutti, come l'acqua, l'aria o un determinato assetto ecologico-paesistico, la cui lesione, in quanto tale, può non determinare tipicamente conseguenze qualificabili come patrimoniali, in base agli articoli 2050, 2056¹, 1223 codice civile.

Questa distinzione permette inoltre di porre nel massimo rilievo come, nella materia che ci interessa, il peculiare strumento di riparazione della lesione dell'interesse non è il risarcimento del danno, ma la cessazione dell'attività lesiva²⁸. E, a tale proposito, la difficoltà normativa di far rien-

²⁶ Cfr. soprattutto S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 41 ss., e le indicazioni sul dibattito di BARCELONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit., pp. 277 ss.

²⁷ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Novissimo Dig. ital.*, VIII, s. d., ma Torino, 1962, pp. 164 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 50 ss.

²⁸ Cfr. in generale, sui rapporti tra azione inibitoria e azione risarcitoria, A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, pp. 78 ss.; e G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, pp. 175 ss. Svincolando la fattispecie di fatto illecito civile da quella di fatto causativo di danno risarcibile, il rapporto tra diritto ad ottenere la cessazione

trarre le conseguenze della lesione degli interessi rilevanti in materia nel quadro della nozione di danno contenuta nel Codice, si incontra con una ragione più sostanziale. In tanto ha senso infatti una attribuzione di tutela al privato che faccia valere un interesse che è sociale e gli pertiene *uti socius*, in quanto questi a sua volta persegua un risultato che si risolva a vantaggio della collettività, e non unicamente del suo patrimonio²⁹. Da un lato, non si vede in quale modo il vantaggio pecuniario per il privato potrebbe essere di giovamento alla conservazione dei beni sociali; correlativamente, il risarcimento sembra perdere sempre di più la sua natura di strumento di coercizione indiretta ai fini del conseguimento di un assetto socialmente positivo dell'organizzazione produttiva³⁰.

Questa considerazione permette anche di valutare nel suo vero significato il collegamento proposto, sotto il profilo della responsabilità oggettiva, tra rischio di impresa e responsabilità civile³¹, secondo una concezione che, se ha il merito di svincolare completamente i presupposti dell'illecito dalla colpevolezza (in relazione ad un'interpretazione estensiva delle fattispecie degli articoli 2049 ss.)³² si pone in una prospettiva che è funzionale alle esigenze produttive del neo-capitalismo, ma del tutto negligente degli interessi sociali nel campo ecologico.

Il concetto di danno inevitabile, risolvendo la tutela dall'inquinamento ambientale nell'*interiorizzazione* del costo relativo nell'economia dell'impresa³³, palesa una ideologia del progresso tecnologico indifferente ai dati

del fatto lesivo perdurante e diritto ad ottenere il risarcimento del danno prodotto si pone su un piano diverso rispetto a quello tradizionale. Tutto ciò richiederebbe naturalmente un più lungo discorso, rispetto a quello possibile in questa sede.

²⁹ Naturalmente, qualora il fatto immissivo provochi un danno patrimoniale alla persona o a beni che appartengono al danneggiato, questi avrà diritto al risarcimento del danno. In tal caso si rientrerà nella previsione degli artt. 2050 o 2051 codice civile, e non sarà quindi necessaria la prova della colpevolezza da parte del soggetto leso, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza (cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 183 ss. e 275 ss.). È evidente che in tal caso saremmo al di fuori dell'ipotesi considerata nel testo, in quanto l'attore farebbe valere il diritto al risarcimento dei danni derivanti da lesioni all'integrità fisica o alla proprietà privata, e non la violazione del diritto collettivo al godimento dei beni sociali, secondo la configurazione proposta.

³⁰ Nello stesso senso TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit. p. 461.

³¹ TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 11 ss.

³² Una conferma viene in concreto dalla giurisprudenza in tema di responsabilità del produttore per i danni derivanti dalla vendita di prodotti dannosi. Cfr. sull'argomento M. BESSONE, *Prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, pp. 100 ss.

³³ Cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 30 ss. Si propone in tal

reali della questione ecologica³⁴, perché pone in termini esclusivamente economici di rapporti tra costi e profitti quello che è un problema sociale di tutela dell'*habitat* come interesse primario, non monetizzabile – e tanto meno sotto forma di risarcimenti ai singoli –, della collettività.

In altri termini, la riconduzione dei danni ambientali all'interno dell'economia della singola impresa, se può condurre al risultato, utile al sistema, dell'eliminazione delle imprese marginali³⁵, permette però al soggetto economico, che abbia la solidità sufficiente alla sopportazione del relativo costo, di porre in essere la più nociva delle attività, e non consente pertanto un'effettiva tutela delle risorse naturali.

Sotto il profilo normativo, d'altronde, l'opinione giurisprudenziale secondo la quale il diritto all'inibizione del fatto illecito sarebbe subordinato al presupposto della non eccessiva onerosità per l'autore, in base all'art. 2058²³⁶, è frutto, pare, di un equivoco, quando trascura di considerare che la norma in questione si riferisce alla forma (specifica o generica) di risarcimento del danno in relazione ad un'attività antigiuridica già conclusa, o il cui perdurare non sia comunque in questione; e non si riferisce invece al fatto illecito in quanto tale, del quale, se di carattere permanente (o «strisciante», come è in generale per i fatti causativi degli inquinamenti), il privato leso ha diritto di ottenere la cessazione³⁷.

modo la soluzione del problema dell'*interiorizzazione* dei costi sociali più confacente alle esigenze generali di un sistema socio-economico neo-capitalistico. Il *background* di questo discorso è del resto estremamente esplicito nel pensiero dell'A.: cfr. P. TRIMARCHI, *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 353 ss.

³⁴ Su essa cfr. la denuncia dei ricercatori del *Massachussets Institut*, in D.H. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *I limiti dello sviluppo. Rapporto del System Dynamics Group (MIT) per il progetto del Club di Roma sui dilemmi dell'umanità*, trad. it., Milano, 1972. Per una prospettiva più attenta ai nessi tra problemi ecologici e rapporti di produzione cfr. *Uomo, natura, società. Ecologia e rapporti sociali*, Roma, 1972; D. PACCINO, *L'imbroglione ecologico*, Torino, 1972, soprattutto pp. 61 ss.; e B. COMMONER, *The closing circle*, ora in trad. it., Milano, 1972. Per una prima informazione v. A. MORONI, *Il punto di vista ecologico*, in *Ecologia*, 1971, n. 1.

³⁵ Anche sotto questo profilo la funzionalizzazione alle esigenze di una società neocapitalistica è esplicita nel discorso di TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 42.

³⁶ Cfr. CAFERRA, *Immissioni illecite e danno futuro*, cit., cc. 918 ss.

³⁷ Una precisa percezione della differenza esistente tra forma di risarcimento del danno e inibizione del fatto illecito chiarisce poi la costante affermazione giurisprudenziale secondo la quale l'art. 2058² non è applicabile rispetto alle azioni intese a far valere un diritto reale (cfr. per tutte Cass., 6 febbraio 1958, n. 356, in *Riv. giur. edil.*, 1958, I, pp. 341 ss.). In realtà, quando si agisce con la negatoria *ex art.* 949², non si chiede la reintegrazione come forma specifica di risarcimento del danno, ma più semplicemente

La possibilità di configurare il fatto lesivo degli interessi sociali rilevanti in campo ecologico (cfr. *supra*, § 4) come illecito civile – sia pure nei termini indicati, e quindi svincolato da una rigida identificazione con la fattispecie dell'art. 2043 – è tuttavia collegata ad un ulteriore presupposto, consistente nella dimostrazione che quel tipo di interessi costituisce un bene giuridico per il soggetto privato in quanto tale.

Senza negare la difficoltà del tema (legata anche alla sua novità), sembra possibile avanzare l'ipotesi che sia rinvenibile nel sistema costituzionale una tutela dell'interesse del consociato al godimento dei beni giuridicamente o socialmente collettivi, che sia configurabile sotto forma di un diritto sociale su essi (siano oggetto di proprietà privata o pubblica, o siano *res nullius*) spettante alla collettività, e azionabile dal privato in quanto membro di essa nei confronti di chi svolga un'attività che incida negativamente sul rapporto di godimento sociale.

Rinviano ad altra sede per uno svolgimento meno sommario³⁸, si possono indicare, come termini di riferimento costituzionale del discorso, l'art. 32¹, che tutela la salute «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», e l'art. 36¹, considerando l'attribuzione, in esso contenuta, del diritto del lavoratore e della sua famiglia ad «un'esistenza libera e dignitosa» non sotto il solo profilo della retribuzione minima, ma in una prospettiva più ampia, come diritto inviolabile dell'uomo (art. 2), la cui piena concretizzazione è affidata all'intervento legislativo (art. 3²), ma che comunque è immediatamente azionabile nei confronti dello svolgimento dell'attività economica privata in base al collegamento operato dall'art. 41^{2 39}.

7. *Sull'applicazione giudiziale in materia ecologica delle norme costituzionali*

È opinione peraltro estremamente diffusa che la maggioranza delle norme contenute nella prima parte della Costituzione abbiano carattere esclusivamente programmatico, nel senso di non essere suscettibili di applicazione immediata (non attribuendo direttamente diritti o poteri ai

la cessazione del fatto durevole lesivo del diritto. Sulla distinzione tra risarcimento in forma specifica e reintegrazione del diritto violato cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pp. 201 ss., *ivi*, pp. 206 ss. Sulla tutela inibitoria dell'illecito civile v. *supra*, nota 28.

³⁸ Cfr. *supra*, nota 19.

³⁹ Cfr. *supra*, nota 20.

soggetti privati), ma di costituire unicamente altrettanti programmi che il Parlamento è impegnato ad attuare mediante leggi ordinarie⁴⁰.

Crediamo però che la vicenda del dibattito sul tipo di giuridicità delle norme costituzionali dimostri in maniera esemplare lo stretto legame esistente tra ideologie e tecniche dell'operare giuridico⁴¹.

Di fronte infatti alla incontestabile obiezione che non può parlarsi di efficacia programmatica di norme costituzionali in contrapposto ad efficacia obbligatoria, dato che ogni norma costituzionale – in quanto norma giuridica – è per se stessa obbligatoria⁴², si è costruito un discorso facente leva sulla individuazione dei destinatari dell'efficacia obbligatoria di queste norme nel solo legislatore o nei soli soggetti pubblici. Conseguentemente, si sono individuate riserve di legge in norme come quella dell'art. 41², che pone invece testualmente un limite immediato e diretto allo svolgimento dell'iniziativa economica privata⁴³.

Riteniamo invece che non sia dato identificare il destinatario delle norme costituzionali in maniera aprioristica, cioè astraendo dal contenuto di ciascuna norma. Destinatari delle norme costituzionali – come e più (per il principio della loro interpretazione *magis ut valeant*)⁴⁴ che per tutte le norme giuridiche – saranno tutti i soggetti i cui comportamenti siano concretamente suscettibili nella fattispecie normativa.

Sembra quindi che solo difficoltà di ordine ideologico, e non tecnico,

⁴⁰ L'opinione è così diffusa che non sembrano necessarie citazioni (per una critica v. S. D'ALBERGO, voce *Direttiva*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 603 ss.). Da segnalare comunque come essa abbia fatto presa anche negli ambienti giudiziari «progressisti»: per un'esplicita esclusione dell'applicazione giudiziale dei principi costituzionali v. ad es. R. RAIMONDI, *Vademecum del cittadino contro gli inquinamenti e l'edilizia abusiva*, Bari, 1972, p. 55.

⁴¹ I presupposti culturali del discorso tecnico-giuridico si riflettono sulla stessa individuazione in termini primari del problema: «ciascuna cultura non riconoscerà che determinati strumenti tecnici, negando agli altri il carattere della giuridicità» (S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 ss., *ivi*, p. 105).

⁴² CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 69.

⁴³ L'opinione di C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 33 ss., secondo cui «nel campo dello svolgimento dell'iniziativa economica, indipendentemente da leggi che diano maggiore precisione o concretizzazione alle formule adottate dalla Costituzione (...), i singoli sono tenuti a rispettare i limiti fissati dall'art. 41, 2° comma, Cost., i giudici a decidere sul loro rispetto, e le autorità esecutive, nei limiti della loro competenza, ad imporre l'esecuzione» (p. 35) è rimasta a lungo isolata. Solo di recente si è tornati ad affermare il carattere precettivo dell'art. 41²: cfr. per tutti, in differenti prospettive, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 349 ss.; e A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971, pp. 109 ss.

⁴⁴ CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., p. 11.

si opporrebbero alla proposta di attribuire rilevanza giuridica (ai fini di una tutela civilistica) all'interesse di ognuno – in quanto coincidente con l'interesse della collettività, costituzionalmente protetto – al godimento dei beni ambientali.

La qualificazione di questi come *Rechtsgüter*⁴⁵ potrebbe quindi operare su un piano diverso rispetto a quello relativo alla loro eventuale sussunzione come oggetto di diritti di godimento esclusivo.

Questi beni della vita (l'acqua, l'aria, il silenzio, la bellezza paesistica) saranno dunque, da un lato, oggetto della protezione (o dell'assenza di protezione) relativa alla loro attribuzione (o non attribuzione) ad un soggetto pubblico o privato come oggetto di un suo diritto di proprietà – e saranno sotto questo profilo *res nullius*, oppure oggetto di proprietà pubblica o privata – ; dall'altro e contestualmente, costituiranno veramente *res communes omnium*, in quanto sia giuridicamente protetto l'interesse di tutti a che sia conservata la loro destinazione, tutelata in via primaria dalle norme della Costituzione più volte citate, alla soddisfazione di esigenze sociali.

Evidentemente quanto detto non assorbe completamente il problema della legittimazione attiva ad un'azione inibitoria dell'attività lesiva degli interessi sociali connessi ai beni ambientali.

Proprio perché un'azione del tipo di quella delineata non è da ritenersi *actio popularis*, ma sorretta da un interesse sostanziale relativo a un bene determinato, si tratterà di individuare caso per caso il soggetto concretamente portatore dell'interesse sociale, in base all'esistenza di un rapporto sostanziale tra l'attore e il bene ambientale (connesso, ad esempio, alla località di lavoro o all'abitazione di un soggetto determinato), in ordine al quale si invoca la tutela.

Senza naturalmente alcuna pretesa di esaurimento della complessa tematica, si possono aggiungere ancora due osservazioni. In primo luogo, il nostro ordinamento conosce già ipotesi di strumenti privatistici volti a far cessare il comportamento lesivo di determinati interessi (anche) non patrimoniali, e in relazione ai quali si pone pertanto in primo piano, rispetto al profilo risarcitorio, quello inibitorio. Basti pensare alla materia dei diritti della personalità (artt. 7 ss. codice civile)⁴⁶, o alla disciplina della concor-

⁴⁵ Sui problemi della qualificazione giuridica e del concetto di bene giuridico come oggetto di diritto di godimento esclusivo cfr. A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, pp. 245 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, s. d., ma Milano, 1959, pp. 164 ss.; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 32 e ss.

⁴⁶ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il cosiddetto diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 458 ss.; A. DI MAJO, *Profilo dei diritti*

renza sleale (artt. 2598, 2599, 2601 codice civile)⁴⁷.

In secondo luogo, tecniche del tipo di quella accennata in queste pagine sembrano poter essere fondate normativamente già in base ai precetti costituzionali, ed in particolare al collegamento tra l'art. 41² e le altre disposizioni già più volte citate. Sono quindi piuttosto considerazioni di tipo operativo che inducono a proporre l'utilizzazione della disciplina dell'illecito civile, in base alla maggiore permeabilità degli ambienti giurisprudenziali, dovuta ai noti fattori culturali, ad un'applicazione dei principi costituzionali che sia mediata dalla normazione ordinaria, e non venga invece operata direttamente nei confronti delle fattispecie concrete.

8. *Problemi di giurisprudenza ecologica*

Si spera di avere sufficientemente chiarito i motivi che inducono a non concordare con l'ordinanza di rimessione del pretore di Bologna. Da un lato, l'art. 844 appare, per i suoi caratteri strutturali e funzionali, intrinsecamente inidoneo alla tutela degli interessi sociali protetti dalla Costituzione. Ciò non si traduce però in un'affermazione di incostituzionalità, perché i criteri posti dalla norma del codice (interpretati o integrati sulla base dei principi costituzionali) vanno applicati unicamente alla soluzione del conflitto tra proprietari di fondi vicini⁴⁸. D'altra parte, sembra possibile individuare una tutela civilistica dagli inquinamenti, che prescindendo dal diritto di godimento esclusivo su un fondo, già in base ai dati normativi offerti dall'ordinamento. Questa tutela avrebbe presupposti diversi e più favorevoli a chi la invoca, proprio perché desunta non dalla necessità di un contemperamento tra interessi formalmente paritari, ma dalla esigenza di protezione primaria di un interesse sociale. Parallelamente, non essendo in questione interessi patrimoniali o comunque monetizzabili per il privato, essa mirerebbe a ottenere la cessazione del fatto immissivo, e non l'attribu-

della personalità, cit.; G. PUGLIESE, *Il diritto alla "riservatezza" nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, pp. 193 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 65 ss.

⁴⁷ Cfr. G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pp. 105 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Sulla legittimazione ad agire in materia di concorrenza sleale dei consorzi di produttori*, in *Riv. dir. industr.*, 1961, II, pp. 321 ss.; P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, *ivi*, 1970, pp. 5 ss., specialmente pp. 101 ss.; MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., pp. 247 ss.

⁴⁸ Cfr. però *supra*, nota 25.

zione di una somma di denaro.

Non ci si nascondono le difficoltà insite in un discorso del genere. Non ci si può neppure nascondere, peraltro, che queste difficoltà, più che di ordine tecnico, appaiono legate a fattori culturali: al grado di recettività cioè che un dato ambiente di operatori giuridici può opporre alla proposta di una tutela civilistica dagli inquinamenti svincolata dalla presenza di un danno risarcibile. Inoltre, è opportuno tener conto anche di una diversa prospettiva: la riflessione su questi problemi coinvolge infatti questioni di politica del diritto che sarebbe semplicistico trascurare o sottintendere. Si comprende così la proposta di svincolare temi come quello delle tecniche privatistiche di controllo sociale, e l'altro, che vi è strettamente connesso, della certezza del diritto, dal mero confronto delle rispettive elaborazioni concettuali, in relazione ai dati normativi assunti, per collegarli invece ai reali referenti su cui sono destinati a operare, e ai presupposti ideologici da cui muovono certe scelte⁴⁹.

Appare così opportuno dar conto anche delle rilevanti conseguenze di ordine economico e sociale che deriverebbero dall'adozione di tecniche del tipo di quelle proposte.

Sotto un primo profilo, in un'economia basata ancora sostanzialmente sul mercato, e quindi sul libero svolgimento delle forze produttive, l'agire sul caso singolo, colpendo alcuni operatori economici e non altri, può determinare un'alterazione delle regole del gioco che sia dannosa all'equilibrato funzionamento del sistema, senza consentire un'effettiva tutela delle risorse naturali. In altri termini, il problema non può essere risolto se si prescinde da un intervento che abbia ad oggetto le condizioni generali di funzionamento del sistema. L'attività del singolo operatore economico è infatti influenzata da elementi che caratterizzano tutto il mercato, condizionando la scelta dell'oggetto e delle modalità della produzione. Come è stato detto da un economista, «le risorse naturali sono spesso usate con spreco [...] non perché gli utilizzatori individuali di tali risorse non sap-

⁴⁹ L'indicazione è di BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit., p. 59. Cfr. anche S. RODOTÀ, *Tecniche privatistiche e controllo sociale*, in AMATO, CASSESE, RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, cit., pp. 205 ss. Sul dibattito, nelle sue linee generali, cfr. le differenti posizioni di RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del codice civile*, cit., pp. 83 ss.; di G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 347 ss.; e di BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, cit., pp. 346 ss. Un panorama della letteratura italiana più recente in tema di certezza del diritto è in M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, trad. it., Milano, 1968, pp. 287 ss. *Adde* almeno N. LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica*, in ID., *Diritto privato*, cit., pp. 47 ss.

piano far di meglio, ma perché essi non possono fare altrimenti, trovandosi sotto l'influenza delle forze economiche»⁵⁰.

Neppure si possono trascurare le conseguenze di ordine sociale che deriverebbero, in una situazione di basso livello occupazionale, dalla cessazione dello svolgimento dell'attività economica decisa dall'imprenditore che ritenesse eccessivamente onerosa l'adozione delle tecniche necessarie per evitare il deterioramento dei beni sociali⁵¹. Entrambe queste considerazioni inducono a ritenere che il problema della tutela dagli inquinamenti potrebbe essere efficacemente risolto solo da una programmazione dell'attività economica, che, attraverso strumenti pubblicistici, disciplini «che cosa» produrre e «come» produrlo⁵².

D'altra parte, la forza degli interessi economici in gioco da un lato, la rilevanza dell'interesse alla preservazione dei beni naturali dall'altro, fanno ritenere che la tutela penale sia uno strumento indispensabile per il conseguimento di risultati sociali in questo campo⁵³; sempre tuttavia, per i motivi che si sono detti, ponendo la normativa penale come strumento finalizzato al conseguimento degli obiettivi della programmazione.

Non si creda peraltro in una fiducia assoluta nelle virtù taumaturgiche della programmazione. Anche l'esperienza di questi anni⁵⁴ ha dimostrato che essa può costituire uno strumento fruibile per politiche molto diverse. Nel campo che ora ci interessa, si tratta di stabilire chi deve gestire la politica degli inquinamenti (che sembra ormai irrinunciabile per lo stesso potere economico privato, come dimostra la «ormai logora retorica dell'ecologia» denunciata dal pretore di Bologna), ed evitare che a farlo siano gli stessi inquinatori⁵⁵.

⁵⁰ La frase di Ciriacy-Wantrup (considerato il «padre» della moderna *conservation economics*) è citata da GERELLI, *La tutela delle risorse naturali*, cit., p. 53.

⁵¹ La necessità per il giudice di tenere conto delle conseguenze di ordine economico e sociale di più ampio respiro derivanti da determinati indirizzi giurisprudenziali è uno dei risultati più rilevanti delle ricerche recenti sul ruolo sociale del giudice. Cfr. il fascicolo dedicato a *Magistratura e sistema politico* da *Pol. dir.*, 1972, pp. 287 ss., e *ivi*, soprattutto gli scritti di Cassese, Rodotà, Ungari e Canosa.

⁵² Cfr. F. FORTE, *Manuale di politica economica*, II, Torino, 1970, pp. 967 ss.

⁵³ G. TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 461. La via seguita da una parte della giurisprudenza è stata proprio quella di interpretare estensivamente la lacunosa normativa penale: cfr. sentenze citate in *Inquinamenti: salute pubblica e interesse alla produzione*, in *Quale giustizia*, 1971, pp. 343 ss.; e G.L. VERONESI, *Inquinamento di acque e codice penale*, Milano, 1971.

⁵⁴ Sulla quale cfr. le osservazioni di G. COTTURRI, *Diritto eguale e società di classi*, Bari, 1972, pp. 67 ss.

⁵⁵ L'esperienza americana dell'utilizzazione a tale fine della disciplina dei *torts* è nata

Ciò postula l'esigenza di una partecipazione democratica alla definizione degli obiettivi e degli strumenti della programmazione.

Quanto detto, però, in una non mitica attesa della programmazione democratica, induce a riproporre il problema se il giudice non possa allora essere veramente il soggetto più idoneo a svolgere un'attività in questo campo, in quanto lo si ritenga – in un giudizio relativizzato all'attuale contesto socio-politico – meno sensibile del legislatore alle pressioni derivanti da certi interessi.

Se cioè, anche nella formulazione dei modelli teorici, è necessario «tener conto del quadro istituzionale nel quale ciascuno istituto è destinato ad operare e delle spinte evolutive che originano all'interno delle stesse strutture giuridico-sociali»⁵⁶, si potrà valutare l'utilità di un intervento giurisdizionale in questo campo (sulla base dei presupposti indicati), in relazione non tanto alla conseguente effettiva piena tutela dell'interesse sociale, quanto dell'influenza che questa attività potrà svolgere per promuovere e indirizzare l'intervento legislativo.

È evidente come il piano del discorso ne risulti modificato. Gli elementi di cui tener conto e la correlativa problematica riguarderanno allora la previsione dell'efficacia di una linea di politica del diritto: ad esempio, se sia possibile ottenere un intervento legislativo di effettiva protezione degli interessi sociali in campo ecologico entro un periodo di tempo sufficientemente breve, e quale tipo di operazione giuridica sia la più idonea al conseguimento di questo scopo: se una denuncia dell'insufficienza delle strutture giuridiche attuali, del tipo di quella effettuata dal pretore di Bologna con la ordinanza di rimessione; o invece proprio il ricorso a tutti gli strumenti ricavabili dall'elasticità del problema, che, creando situazioni di disparità economiche e sociali del tipo di quelle indicate in precedenza, sollecitino e promuovano una disciplina legislativa di nuovo tipo. Si entra così nel problema generale del ruolo che i vari operatori del diritto devono svolgere per ottenere l'adeguamento della normazione ordinamentale al programma costituzionale, nel problema cioè delle condizioni e dei limiti di un uso

proprio dalla sfiducia circa la possibilità che il potere legislativo si prendesse veramente carico dei reali interessi della collettività. Il limite di quell'esperienza, d'altra parte, deriva dall'essere incentrata sul risarcimento in termini economici, cioè sul pagamento di una somma di denaro al soggetto che si presenta come portatore dell'interesse collettivo leso (cfr. RODOTÀ, *Tecniche privatistiche e controllo sociale*, cit., pp. 205 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, *Disciplina dell'illecito e responsabilità per danni economici*, in *Pol. dir.*, 1972, pp. 739 ss.). Ciò può forse fornire ulteriori motivi di riflessione sul rapporto tra «modello americano» e problemi ecologici (cfr. PACCINO, *L'imbroglione ecologico*, cit., pp. 122 ss.).

⁵⁶ BARCELONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, cit., p. 60.

alternativo del diritto⁵⁷: problema che esula certamente dagli obiettivi di queste brevi note.

Sembra a questo punto necessario aggiungere ancora una breve osservazione. Si è appena accennato a una diversa chiave di lettura dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 844 codice civile. Essa potrà apparire allora, al di là delle argomentazioni tecniche e del relativo dissenso (cfr. *supra*, §§ 1, 2, 3 e 5), come un'assunzione di responsabilità dell'interprete che, scettico sulla capacità di illimitato adeguamento spontaneo della legge alla realtà, denuncia l'insufficienza delle strutture giuridiche all'effettiva tutela degli interessi sociali.

La valutazione dell'ordinanza andrà allora effettuata in termini di politica del diritto, e si spera che le considerazioni svolte in questo paragrafo possano essere di qualche utilità a tal fine⁵⁸.

⁵⁷ Si rinvia alle impostazioni di RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del codice civile*, cit., e di BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, cit.; e alle premesse teoriche di U. CERRONI, *Metodologia e scienze sociali*, Lecce, 1970, pp. 97 ss. Si confrontino gli atti del convegno di Catania su *L'uso alternativo del diritto*, di prossima pubblicazione, e *ivi* soprattutto l'introduzione di Barcellona e le relazioni di Cerroni, Di Majo e Rodotà.

⁵⁸ Si può aggiungere che, per uno studio di questi temi che non voglia limitarsi ad operazioni puramente formali, sembra necessario tener conto del nesso, particolarmente rilevante nelle questioni dell'ecologia, tra strutture socio-economiche, ideologie della natura e strumenti giuridici (cfr. ancora PACCINO, *L'imbroglione ecologico*, cit., pp. 218 ss.), e quindi dell'effettivo valore di tentativi di razionalizzazione sociale (e non solo economica), che si basino unicamente su proposte di utilizzazione di vecchie o nuove teorie giuridiche.

VII. RESPONSABILITÀ CIVILE

*Quali funzioni per la responsabilità civile?**

La nota decisione delle Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., n. 16601/2017) sul recepimento in Italia di una sentenza Usa di condanna al risarcimento punitivo ha riproposto in Italia il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile; particolare attenzione ha suscitato l'affermazione del carattere "polifunzionale" dell'istituto, contenuta nella sentenza.

Il tema delle funzioni dell'istituto percorre in realtà l'evoluzione nel tempo delle norme che lo regolano e soprattutto dell'interpretazione che ne è stata data da studiosi e giudici.

Lo stesso primato della colpa – indiscusso fino alla metà del secolo scorso – ha visto progressivamente uno spostamento dalla funzione punitiva (la colpa come riprovevolezza del comportamento, da sanzionare) a quella preventiva (la colpa come difformità da una norma di condotta). Come si sa, alle ipotesi di responsabilità diverse della colpa veniva invece attribuito un carattere eccezionale, variamente interpretato.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso in Italia (come altrove) venne messa in discussione l'idea tradizionale, che si considerava alla base di quello che il Codice chiama ancora "illecito civile" (oggi parliamo invece di "responsabilità civile"), l'idea cioè che compito primario dell'istituto sia di sanzionare e/o prevenire comportamenti colpevoli.

Emersero allora in dottrina (e influirono in modo significativo sull'evoluzione della giurisprudenza) due punti di vista.

Il primo corrisponde a una concezione solidaristica. L'attenzione viene spostata dall'autore alla vittima del danno. Si può dire che per Stefano Rodotà e per Renato Scognamiglio (che pure seguirono metodologie diverse, il primo basandosi sui principi costituzionali, il secondo su una revisione teorica della nozione giuridica di danno) l'elemento centrale dell'istituto è la funzione riparatoria. Al centro del sistema viene posta la posizione della vittima del danno, che, se ingiusto, merita il risarcimento, ricorrendo una delle condizioni previste dall'ordinamento (tra le quali, ma non più dominante, la colpevolezza). Diversa, ma altrettanto innovativa, è la tesi di Pietro Trimarchi. La premessa è che la responsabilità non elimina

* Pubblicato in *Danno e responsabilità*, 2022, pp. 137-139.

il danno: lo trasferisce da un soggetto a un altro soggetto. Perché l'ordinamento intervenga per il trasferimento del costo dell'accadimento dannoso deve esserci una ragione. E tale ragione non è solo la colpa, e quindi la prevenzione, ma, con pari rilevanza "di principio", il rischio introdotto dall'attività che ha causato il danno, consentendo così una più efficiente allocazione delle risorse. Il sistema è quindi ricostruito intorno ai due poli della colpa, e della responsabilità oggettiva per rischio.

La giurisprudenza degli ultimi decenni ha seguito entrambe le strade. Da un lato ha ampliato le fattispecie riconducibili alla clausola del danno ingiusto, e quindi la tutela delle vittime dei danni, superando la tradizionale identificazione dell'ingiustizia con la lesione del diritto soggettivo assoluto; dall'altro, ha interpretato sempre più in senso "oggettivo" le fattispecie di responsabilità diverse dalla colpa previste dal Titolo IX, il caso fortuito nel danno da cose, la responsabilità del padrone e committente, svincolata dall'illecito del dipendente, il rigore sulla ricorrenza della prova liberatoria nella norma sulle attività pericolose.

Nel frattempo, si è verificata l'irruzione nel sistema del danno non patrimoniale, che da figura di eccezionale risarcibilità (chiaramente riconducibile, nell'art. 185 c.p., a una funzione al tempo stesso punitiva per il responsabile e satisfattiva per la vittima) è divenuta, come si sa, figura tendenzialmente atipica (almeno nello stesso senso dell'atipicità del requisito dell'ingiustizia). Si spiega quindi anche con questa tendenza la ripresa del dibattito sulle funzioni dell'istituto, e l'idea della "polifunzionalità".

Tale idea in effetti ha senso, purché se ne decifri la logica sistemica, e non la si usi come un passe-partout buono per tutte le soluzioni, secondo una diffusa e non apprezzabile tendenza dell'odierna giurisprudenza creativa.

Il primo aspetto da considerare in proposito è la differenza esistente, sul piano funzionale, tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Per il primo la funzione risarcitoria, di compensazione per la perdita economica subita dalla vittima, è centrale, ed è comune a tutte le fattispecie di imputazione. Nel risarcimento del danno patrimoniale opera infatti il principio dell'equivalenza: il danno da risarcire corrisponde alla perdita economica subita dall'attore, quantificata secondo le regole della c.d. causalità giuridica. Se unitaria è la logica risarcitoria, differenziate sono invece le ragioni dell'imputazione, secondo le regole previste nel Titolo IX.

Questo ragionamento non può riproporsi per il danno non patrimoniale. Qui manca infatti il presupposto stesso del principio dell'equivalenza tra danno cagionato e danno da risarcire. E ciò per un motivo ovvio, anche se spesso trascurato: il primo termine dell'equazione, cioè il costo economico, non esiste; e quindi per definizione il danno non patrimoniale non

è suscettibile di valutazione economico-monetaria. E questa ricerca di un impossibile criterio di equivalenza che spiega la “somma confusione” (come riconosce la stessa Cassazione) che regna in giurisprudenza sui criteri di quantificazione.

Su questo tema torna utile il ragionamento sulle diverse funzioni che la responsabilità civile svolge quando è prevista la risarcibilità di un danno privo del requisito della patrimonialità. Le funzioni del risarcimento (e non solo dell'imputazione, come per l'altra tipologia di danno) sono infatti molto differenti: da quella solidaristica per il danno biologico, a quelle soddisfatorie e a volte sanzionatorie per altre tipologie.

Ho svolto ampiamente in altra sede le implicazioni di questa impostazione. Vorrei qui segnalare un aspetto significativo, che indica i limiti, e i rischi, di una generalizzazione dell'idea della polifunzionalità.

Mi riferisco ai c.d., danni punitivi. Si sostiene, talvolta, che la funzione punitiva possa rientrare tra quelle proprie del risarcimento, in particolare per il danno non patrimoniale, e si ricorre a tal fine a quanto affermato nella ricordata decisione della Cassazione sul recepimento dei risarcimenti punitivi disposti da sentenze Usa.

Per la verità, le Sezioni Unite hanno deciso in senso opposto a una generalizzazione in Italia dei danni punitivi. In particolare, hanno sottolineato che il risarcimento come sanzione può esservi solo per fattispecie tipicamente previste dalla legge, nel rispetto dei principi di stretta legalità e di irretroattività previsti per le pene dalla Costituzione (artt. 23 e 25). E hanno anche indicato i criteri per verificare la congruità al nostro ordinamento di sentenze straniere di condanna a risarcimenti punitivi.

In effetti, con i danni punitivi si entra in un terreno estraneo alla logica della responsabilità civile, e ci si avventura in un altro, quello della pena in senso proprio. La pena privata è prevista dall'ordinamento in diverse fattispecie, ma non come figura di portata generale. Il requisito costituzionale della tipicità esclude che tali fattispecie siano riconducibili a un principio generale, e nemmeno che consentano un'interpretazione estensiva. Anche sotto questo aspetto le pene private sono quindi estranee alla responsabilità civile, per la quale è legittimamente ampio il ricorso alle clausole generali.

Ne deriva l'esigenza di una particolare attenzione, da parte dell'interprete, a evitare che in concreto il risarcimento del danno non patrimoniale si configuri di fatto come una pena privata. Il rischio è evidente nella pratica, in particolare quando l'attore lamenta la lesione di un suo diritto personale a seguito dell'esercizio di un diritto (di cronaca, di critica, ecc.) riconducibile alla libertà di manifestazione del pensiero. Il ricorso sem-

pre più diffuso in tali casi all'azione civile – in luogo delle norme apprestate dal diritto penale – può avere, tanto più se esercitata da soggetti potenti, inquietanti effetti deterrenti rispetto all'esercizio di una libertà fondamentale. Emblematico è il caso Fiat contro Formigli (saggiamente deciso a favore del giornalista, dopo una pesantissima sentenza di primo grado, da Cass. Civ. n. 14727/2018).

Sarebbe probabilmente opportuno, a mio avviso, un intervento legislativo sui criteri di quantificazione del danno non patrimoniale, vista la rilevanza degli interessi in gioco. In assenza, è apprezzabile l'avvio, anche in questo campo, del ricorso al metodo tabellare, già opportunamente adottato per il danno biologico.

Il ragionamento sulle funzioni della responsabilità civile quindi non solo risponde a un'esigenza concettuale, ma può anche comportare esiti operativi non irrilevanti.

Mi viene poi da aggiungere – ma il tema meriterebbe approfondimenti qui non possibili – che il pensiero “forte” espresso dalla dottrina italiana del secolo scorso si misurava con un mondo che non c'è più: quello della crescita economica e dello Stato sociale. Oggi viviamo in un mondo diverso, quello del neoproprietarismo e dell'individualismo dei desideri.

“L'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà”, da criterio-guida della prima parte della Costituzione (secondo la lettura di Mortati, Mengoni, Busnelli) è diventato – ha scritto di recente Pietro Trimarchi – “un appello ai buoni sentimenti”. Sembra insomma che il sistema della responsabilità civile si sia venuto avvicinando (com'è del resto naturale per ogni istituto giuridico) al nuovo contesto sociale e culturale. La riflessione giuridica può aiutare a comprendere il cambiamento intervenuto, e, se si ritiene, anche a criticarlo.

*A proposito del Projet de réforme de la responsabilité civile.
Brevi considerazioni**

1. Il progetto presenta diversi aspetti interessanti per il giurista italiano, e in questo intervento ne segnalerò sinteticamente alcuni, concernenti temi da noi dibattuti in dottrina e giurisprudenza.

Anzitutto, la terminologia. La precedente riforma aveva già abbandonato l'antica formula «dei delitti civili» (com'è noto, il titolo del nostro Codice è «dei fatti illeciti»), sostituendola con «la responsabilità extracontrattuale».

Il testo del progetto è intitolato alla «responsabilità civile», come formula che comprende la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

Le due figure non sono però unificate. Si conferma l'irriducibile differenza – funzionale, prima ancora che normativa – tra la tutela nei confronti di un rischio specifico di danno, quello creato dalla particolare relazione che si era in precedenza instaurata tra due soggetti, e quella nella quale la relazione intersoggettiva sorge successivamente al danno (in quanto ingiusto).

Il progetto francese prevede quindi «disposizioni comuni alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale» (concernenti il “*préjudice réparable*” e il nesso di causalità: art. 1235-1240), e poi “disposizioni proprie” alla responsabilità extracontrattuale (art. 1241-1249) e a quella contrattuale (art. 1250-1252). La disciplina torna a essere comune per quanto concerne le cause di esonero o di esclusione e gli effetti della responsabilità; ma anche in questa sede non mancano discipline differenziate (cfr. artt. 1253, 1254, 1266). C'è da domandarsi se non ne derivi una normativa inutilmente complicata, rispetto ad es. a quella del nostro Codice (dove la norma di raccordo si limita all'art. 2056 in tema di valutazione dei danni).

2. Di notevole interesse per il giurista italiano è l'art. 1266, che introduce la tutela inibitoria come regola generale. Com'è noto, da noi il tema è controverso; la tutela di cessazione è espressamente prevista da alcune norme di legge; in particolare, nel Codice, per il diritto al nome e all'immagine (art. 7, 2° co), la proprietà (art. 949, 2° co.), la concorrenza sleale (art. 2599). Non esiste però una norma generale come l'art. 1266; il quale,

* Pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2020, pp. 197-201.

peraltro, dà al giudice il potere di prescrivere misure non solo per la cessazione della turbativa illecita ma anche per prevenire il danno. Il dubbio che però suscita una norma così generale riguarda l'attribuzione al giudice di un potere molto ampio, potenzialmente lesivo della libertà e autonomia dei privati.

Nel nostro ordinamento, l'unica norma diretta a prevenire il pericolo di danno è quella peculiarmente circoscritta dalla disciplina del danno temuto (art. 1172).

L'eventuale estensione di interventi del tipo di quelli previsti dall'art. 1266 del progetto è legata all'interpretazione della disciplina del risarcimento in forma specifica, di cui all'art. 2058, della cui natura si discute da tempo. In proposito può anzitutto notarsi che la distinzione tra tutela di cessazione e tutela risarcitoria è chiaramente delineata nelle norme del Codice che si sono ricordate, ed è ribadita dall'art. 1266 del progetto francese, dove si chiarisce che la tutela di cessazione è applicabile indipendentemente dalla riparazione del pregiudizio eventualmente subito.

Inoltre la "riparazione in natura" è espressamente disciplinata in altra sede (art. 1260 ss.), e sottoposta a limiti sostanzialmente non molto diversi, sul piano funzionale, da quelli previsti dal nostro art. 2058.

In definitiva il sistema che emerge dal progetto (autonomia reciproca tra tutela inibitoria e risarcitoria; previsione della riparazione in natura come alternativa a quella monetaria, ma con criteri applicativi che ne dimostrano la subordinazione al principio dell'equivalenza pecuniaria, peraltro chiaramente enunciata dalla norma – art. 1258 – che apre il capitolo sugli effetti della responsabilità) sembra corrispondere all'inquadramento a mio avviso più persuasivo della normativa contenuta nel nostro Codice.

3. L'art. 1266-I, dedicato alla «ammenda civile», affronta un tema da qualche tempo divenuto di moda in Italia, quello della ipotizzata funzione punitiva della responsabilità civile.

La norma del progetto prevede che l'atto dannoso, deliberatamente commesso in vista di ottenere un guadagno o un risparmio, può determinare la condanna al pagamento di un'ammenda civile.

Essa detta inoltre i criteri per la determinazione del *quantum* che, per la persona fisica, non può superare il decuplo del profitto realizzato.

Quel che distingue l'art. 1266 dalle ipotesi di "pena privata" di cui si discute da noi (la più emblematica è certo l'art. 96, 3° co, c.p.c), e dai danni punitivi di *common law*, è che l'ammenda è destinata non alla vittima ma

al Tesoro pubblico. Del resto, l'azione può essere proposta non solo dalle vittime ma anche dal pubblico ministero.

Questa norma – che ha suscitato molte critiche nella dottrina francese – dimostra in effetti la difficoltà che si incontra quando si tenti di accentuare, oltre la logica propria dell'istituto, la funzione punitiva della responsabilità civile.

In primo luogo, c'è il rischio di un *surplus* punitivo, che può contrastare (come segnalato del resto della sentenza del 2017 delle s.u. della Cassazione sul riconoscimento in Italia di condanna a risarcimenti punitivi) con le garanzie degli artt. 23 e 25 Cost. Da qui la previsione, nei commi 2, 3, 4 dell'art. 1266-I, di criteri e limiti per la determinazione del *quantum*.

Ma soprattutto emerge l'intima contraddittorietà tra la logica privatistica dell'istituto e il carattere pubblicistico della sanzione. Se la funzione della "pena privata" è pubblicistica – come afferma la Cassazione per l'art. 96, 3° co., c.p.c., sottolineando come conseguenza che ciò che rileva è l'oggettivo abuso del processo, e non il dolo o la colpa – non si comprende perché debba trarne giovamento il privato e l'"ammenda" non debba essere invece destinata alla collettività (che è la vera "vittima" dell'abuso). Questo è infatti quanto prevede l'art. 1266-I. Ma allora quale differenza residua rispetto alla sanzione penale?

La questione era stata sollevata davanti ai nostri giudici costituzionali con riferimento alla citata norma sull'abuso del processo.

La Consulta se ne è liberata un po' sbrigativamente, con l'argomento – ormai ricorrente tra i nostri giudici, ancorché non particolarmente perspicuo – che la responsabilità civile, ha, o può avere, anche una funzione punitiva.

4. Un'articolata disciplina è dedicata dal progetto al risarcimento del «danno corporale» (art. 1267-1277). Ne emerge il tentativo di dare una risposta a diverse questioni affrontate nel nostro sistema con riferimento al danno biologico, come quella da noi rubricata come *compensatio* rispetto ai benefici unitariamente predisposti dal sistema previdenziale e assistenziale pubblico: sono note le recenti sentenze della Cassazione, e segnalo in proposito il bel libro di Umberto Izzo.

Da notare, inoltre, il metodo previsto dal progetto (art. 1269-1271) per la quantificazione del risarcimento. Si affida al *Conséil d'État* il compito di determinare con proprio decreto (simile alle nostre "tabelle") i criteri da applicare in proposito, per quanto concerne sia i "pregiudizi" patrimoniali

che quelli non patrimoniali. La normativa è molto (forse troppo) articolata, ma la scelta, in definitiva, è di affidare la decisione ad un soggetto “terzo” rispetto alla magistratura (il *Conseil* deve peraltro tener conto delle indennità mediamente accordate dai giudici, ed è evocato un non meglio definito «controllo dello Stato»: art. 1271).

Com'è noto, da noi una soluzione chiara, e rispondente al principio di eguaglianza, giustamente richiamato a suo tempo dalla Cassazione, ancorché sotto il nome di “equità” collettiva, ancora non esiste, tra tabelle governative previste (e in parte non emanate) per specifiche fattispecie, altre tabelle elaborate dalla giurisprudenza (e con particolare effettività, com'è noto, dall'Osservatorio del Tribunale di Milano), ed elucubrazioni giurisprudenziali, che hanno determinato (come la Cassazione ha di recente riconosciuto) «somma confusione»; alla quale si è tentato di dare una risposta con un “decalogo” a sua volta di dubbia chiarezza.

Probabilmente una soluzione (legislativa) del tipo di quella contenuta nel progetto francese (auspicabilmente più snella) sarebbe utile per garantire maggiore certezza del diritto nella quantificazione del danno biologico, evitando, da un lato, le pressioni lobbistiche, dall'altro, gli entusiasmi esistenzialistici della giurisprudenza.

Risarcimento ultrariparatorio (*Funzioni della responsabilità civile*)^{*}

SOMMARIO: 1. Limiti del risarcimento e funzioni della responsabilità – 2. Due considerazioni preliminari sulle funzioni della responsabilità – 3. Dall'illecito alla riparazione. La logica bilaterale dell'istituto e i limiti delle concezioni solidaristiche – 4. L'improduttiva ricerca di una funzione unitaria – 5. Il principio dell'equivalenza: regola ed eccezioni – 6. La differente logica del danno non patrimoniale – 7. Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale – 8. Danni punitivi e danno non patrimoniale – 9. Alcune riflessioni conclusive.

1. Limiti del risarcimento e funzioni della responsabilità

La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, che ha per la prima volta ammesso il riconoscimento di una sentenza statunitense di condanna al pagamento di danni punitivi¹, ha provocato numerosi commenti e interventi della dottrina. Può essere utile aggiungere alcune considerazioni, che riguardano due aspetti della decisione: i limiti quantitativi del risarcimento e le funzioni della responsabilità.

Quanto al primo aspetto, la sentenza afferma anzitutto che il principio di legalità, che governa le prestazioni personali e i rimedi sanzionatori in base agli art. 23 e 25 Cost., esclude la possibilità di applicare criteri risarcitori simili a quelli punitivi al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

La sentenza indica poi, tra i criteri di verifica della compatibilità della sentenza straniera con l'ordine pubblico, «limiti quantitativi» del risarcimento, sulla base della «proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata».

Il tema, a me pare, si pone nel nostro ordinamento anche sotto un profilo generale, quello del quantum del risarcimento del danno non patrimoniale, che si presenta per alcuni aspetti come il volto italiano dei danni punitivi, come avrò modo di osservare più avanti.

Meno significativa, anzi fuorviante, mi sembra l'altra enunciazione, che

^{*} Pubblicato in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Jovene, Napoli, 2018, pp. 1813-1825.

¹ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613. Per il precedente contrario orientamento, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, *ivi*, 2007, I, c. 1461.

pure ha fatto molto discutere, secondo la quale accanto alla “preponderante” funzione compensativo-riparatoria, dall’evoluzione dell’ordinamento «è emersa una natura polifunzionale» dell’istituto; in particolare la funzione «preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva».

È opportuno infatti ricordare subito due dati. Anzitutto, il problema delle funzioni della responsabilità civile (e l’impossibilità di esaurirla in quella riparatoria), non concerne – come parrebbe dall’argomentazione della sentenza – solo le norme “speciali”, da essa richiamate, o l’istituto dei danni punitivi; in secondo luogo, tale problema non presenta caratteri di novità.

Se ne discute infatti da diversi decenni².

Da tempo, non solo era stata segnalata la pluralità funzionale dell’istituto, ma se ne era parlato in termini di “crisi” da crescita, fino a indurre l’autore di uno dei più influenti manuali di common law a parlare di una sovrabbondanza “schizofrenica” di fini e di obiettivi³. E ciò del tutto a prescindere dalla tematica dei danni punitivi.

2. Due considerazioni preliminari sulle funzioni della responsabilità

Iniziamo dal tema delle funzioni della responsabilità civile. In proposito bisogna operare due distinzioni, assenti nel ragionamento della Cassazione e poco presenti nel dibattito dottrinale. La prima è quella tra le funzioni, appunto, della responsabilità, e la funzione del risarcimento (cioè dell’effetto dell’esito positivo del giudizio di responsabilità)⁴. La differenza risulterà evidente ove si consideri che non ogni danno astrattamente risarcibile, perché ingiusto, lo è poi concretamente, perché a tal fine occorre che esso possa essere imputato al convenuto sulla base di uno dei criteri normativi a tal fine previsti (colpa, responsabilità oggettiva, ecc.).

La seconda distinzione necessaria è quella tra danno patrimoniale e danno

² A partire almeno dal saggio di G. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Torts*, in *Curr. Leg. Probl.*, 4 (1951), pp. 937 ss. La bibliografia sulla pluralità delle funzioni della responsabilità civile è sterminata. Una rassegna in C. SALVI, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, pp. 16 ss.

³ J.G. FLEMING, *The Law of Torts*⁵, Sydney, 1977, p. 13.

⁴ Diversamente C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 791. Ma la molteplicità dei criteri di imputazione richiede la ricerca di funzioni ulteriori, rispetto a quella riparatoria, come osservava già P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 53, e ora ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, pp. 3 ss.

non patrimoniale: nella seconda ipotesi, come vedremo, è la stessa funzione risarcitoria (che per il danno patrimoniale è tendenzialmente unitaria) a diversificarsi, e a caratterizzarsi in alcune ipotesi come funzione punitiva.

Consideriamo separatamente questi due aspetti.

3. Dall'illecito alla riparazione. La logica bilaterale dell'istituto e i limiti delle concezioni solidaristiche

La categoria generale che oggi chiamiamo responsabilità civile nasce, nelle moderne codificazioni, nelle vesti dell'illecito, come sanzione di un comportamento riprovevole. E l'evoluzione dell'istituto, nel secolo scorso, è segnata dal passaggio da questo schema a uno che pone invece al centro dell'istituto il fatto dannoso e la funzione riparatoria. A Jhering, per il quale «non è il danno che obbliga al risarcimento, bensì la colpa», Ripert contrappone la formula «dalla responsabilità alla riparazione»⁵.

Alle origini del modello normativo codicistico è, in questo come in altri campi, la riorganizzazione concettuale, operata dai giusnaturalisti e dai giuristi francesi prerivoluzionari, delle fonti romanistiche e dell'idea di responsabilità etico-comportamentale propria del diritto canonico. L'illecito civile veniva configurato come categoria autonoma, ma parallela, rispetto all'illecito penale, coerentemente con la fondazione della separazione tra diritto pubblico e diritto privato, che caratterizza la nascita del diritto moderno.

Di conseguenza, la codificazione del 1804 definiva la figura generale della responsabilità per danni come «delitto civile» (ancora il Codice italiano del 1942 parla di «illecito civile»): il risarcimento appariva la sanzione del delitto civile.

È significativo che la recente riforma francese del diritto delle obbligazioni abbia modificato il titolo: non più «delitti», ma «responsabilità extracontrattuale».

L'idea che al centro dell'istituto non è la sanzione, ma l'evento dannoso e l'esigenza di ripararlo, si diffonde a partire dalla prima metà del secolo scorso.

Holmes⁶ aveva scritto che, di regola, le perdite economiche rimangono dove cadono, e il risarcimento è l'eccezione, giustificata dalla colpa dell'autore del danno, perché l'intervento dello Stato nei rapporti economici «è un male, dove non può essere dimostrato che è un bene». Per le successive

⁵ Cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 16 ss., anche per quanto segue.

⁶ O.V. HOLMES, *The Common Law* (1881), rist., Cambridge (Mass.), 1963, pp. 67 ss.

concezioni solidaristiche⁷, invece, la riparazione del danno non è vista come conseguenza di regole, finalizzate a prevenire e reprimere condotte difformi da norme giuridiche o sociali; ma come compito primario dell'istituto, che trova se mai un limite, e non il suo fondamento, nella considerazione del fatto del responsabile. L'orientamento solidaristico e riparatorio ha trovato accoglimento nella giurisprudenza degli ultimi decenni, da un lato con l'ampliamento tipologico degli interessi protetti in via aquiliana (danno ingiusto), dall'altro con l'interpretazione in termini di responsabilità oggettiva delle ipotesi di imputazioni diverse dalla colpa, infine con l'estensione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale.

C'è però un limite, da tempo segnalato⁸, delle concezioni solidaristiche, che risiede nella logica intrinsecamente bilaterale della responsabilità civile, per la quale il danno non è eliminato, ma trasferito a un altro soggetto. Ed è per questa ragione che, perché la traslazione abbia luogo, è necessario che ricorrano gli estremi di uno dei criteri di imputazione, nei quali si esprimono le ragioni dell'intervento legislativo che trasferisce il costo dell'evento dannoso dalla vittima a un altro soggetto. La funzione riparatoria non può quindi assorbire la logica dell'istituto.

Ed è nei criteri di imputazione che risiedono le (differenti) funzioni della responsabilità, cioè delle ragioni per le quali si è tenuti alla riparazione.

La constatazione di tale limite del principio solidaristico aveva indotto in passato a prevedere un inesorabile declino della responsabilità civile, che appariva destinata a essere sostituita, nei settori di maggiore diffusività dei fenomeni dannosi, da più efficaci e razionali forme di compensazione sociale dei danni. Da qui una serie di studi sulla "crisi" e il "declino" della responsabilità civile⁹.

Nella realtà è avvenuta, al contrario, un'espansione dell'istituto, dovuta a ragioni sulle quali tornerò nella parte conclusiva.

⁷ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, pp. 293 ss. (che raccoglie i saggi scritti tra il 1957 e il 1969).

⁸ Ho esaminato i limiti del principio solidaristico nella responsabilità civile in SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 23 ss.

⁹ Per tutti, nel periodo storico considerato, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pp. 133 ss.; P. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London, 1980 p. 3; ma l'orientamento era largamente diffuso.

4. *L'improduttiva ricerca di una funzione unitaria*

Se quindi la funzione riparatoria non è in grado di esaurire la logica funzionale dell'istituto, dove rinvenirla?

Nel secolo scorso non sono mancate “grandi narrazioni” che hanno tentato di delineare una risposta unitaria, differente da quella solidaristica e riparatoria. Provo a ricordarne alcune. L'articolazione bipolare¹⁰ tra responsabilità per colpa (che svolge la tradizionale funzione deterrente) e la responsabilità oggettiva per rischio (con la finalità di assicurare un'allocatione economicamente più efficiente delle risorse). L'interpretazione del principio della colpa come criterio che consente la massimizzazione della ricchezza collettiva, ovvero il raggiungimento dello stesso risultato attraverso l'imputazione oggettiva¹¹. La critica dei criteri di efficienza economica, sostituiti dall'idea che obiettivo della responsabilità civile sia “rendere giustizia” tra il danneggiante e la vittima, secondo la logica delle «teorie della giustizia» elaborate dai filosofi del diritto statunitensi¹². Né va dimenticata, ancorché superata dalla storia, la teoria dei paesi di “socialismo reale”, per la quale il principio unificatore è la finalità di educare alla prevenzione dei danni¹³.

Nessuna di queste “grandi narrazioni” ha dato però esito persuasivo e tantomeno conclusivo. E ciò per ragioni attinenti sia ai limiti intrinseci di tali tentativi, sia al rapporto tra teorie e realtà ordinamentali. Dal primo punto di vista, i modelli funzionalmente unitari sono fondati su postulati (la massimizzazione della ricchezza, la giustizia intesa in senso rigidamente correttivo, la funzione educativo-preventiva della responsabilità ecc.) che sono in realtà giudizi di valore e come tali soggetti ad argomentazione prescrittiva, e non – come almeno in parte pretenderebbero – logico-deduttiva.

Dal secondo punto di vista (ma il rapporto tra i due profili è evidentemente molto stretto), quei modelli non sono idonei a concettualizzare adeguatamente l'effettiva e multiforme disciplina della responsabilità civile.

¹⁰ La tesi, prospettata negli anni '40 del secolo scorso da Esser in Germania e da Starck in Francia, fu sviluppata in modo rigoroso e innovativo da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹¹ Rispettivamente R. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Legal St.*, 1 (1972), pp. 29 ss.; G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*, in *Yale J.*, 70 (1961), pp. 499 ss., che sono gli scritti iniziali nei quali i due studiosi statunitensi enunciano le tesi che svolgeranno poi nei decenni successivi.

¹² Cfr. I. ENGLARD, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993; G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, New York, 1996.

¹³ Discussione e bibliografia in C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 148 ss.

Tale disciplina è, come scrivevo a suo tempo, «ispirata ad una poliedricità di funzioni, riconducibile a unità solo al prezzo – scientificamente inaccettabile – di amputarne una parte rilevante dal discorso ricostruttivo»¹⁴.

Ne segue, a quanto pare, la precisa indicazione metodologica di privilegiare, nella descrizione del sistema, anche sotto il profilo funzionale, il dato positivo¹⁵. Dal quale emerge, anzitutto, l'esistenza di due differenti modelli di danno civile: patrimoniale e non patrimoniale.

5. *Il principio dell'equivalenza: regola ed eccezioni*

Il risarcimento del danno patrimoniale è governato dal principio dell'equivalenza monetaria: al danneggiato spetta una somma di denaro equivalente alla perdita economica (comprensiva del mancato guadagno) da lui subita come conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo. In questo consiste la funzione riparatoria, che è al centro dell'istituto, e che esclude che al risarcimento possa attribuirsi il carattere di sanzione dell'illecito. Questo non vuol dire che la responsabilità sia sempre priva di una funzione preventiva o punitiva. Si pensi alle ipotesi in cui l'imputazione è ristretta al dolo e alla colpa grave¹⁶. Certamente il profilo sanzionatorio è qui rilevante e riguarda le ragioni della responsabilità; ma è sempre subordinato alla funzione compensativa del risarcimento, governato dalla regola dell'equivalenza.

Il contenuto, e l'esistenza stessa, dell'obbligazione risarcitoria discendono infatti dalla dimensione, e dall'esistenza, di una perdita economica, e dunque da presupposti estranei alla logica della sanzione per la violazione del divieto di una determinata condotta.

Il principio dell'equivalenza è suscettibile di deroghe. Anzitutto, una norma di legge può determinare il quantum risarcitorio in misura inferiore alla perdita subita.

Il Codice civile lo prevede per il danno cagionato in caso di necessità, o dall'incapace. Limiti quantitativi inferiori all'equivalenza sono poi previsti da norme contenute nella legislazione c.d. speciale; la Corte costituzionale ha affermato in proposito che il principio della riparazione integrale «non

¹⁴ SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pp. 162 ss.

¹⁵ È la condivisibile tesi di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 7 ss.

¹⁶ Tema individuato da P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.

ha copertura costituzionale», e «in casi eccezionali il legislatore può ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno»; ma tale riduzione è sottoposta al controllo di ragionevolezza del giudice costituzionale (Corte cost. 369/1996).

In altre ipotesi legislative la norma detta criteri di liquidazione che comportano un quantum risarcitorio superiore a quello che deriverebbe dall'applicazione della regola dell'equivalenza. La sentenza della Cassazione dalla quale ha preso le mosse questo scritto contiene un elenco di queste norme, dal quale desume «la cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività della tutela».

Nelle ipotesi normative elencate nella sentenza, «una tutela imperniata esclusivamente sul rimedio risarcitorio sarebbe inadeguata rispetto all'esigenza di una tutela effettiva», secondo un principio riconducibile all'art. 24 Cost.¹⁷. Tesi condivisibile, anche se forse concede troppo alla razionalità del legislatore postmoderno, spesso incompetente oltre che asistemico.

La presenza di queste ipotesi normative, peraltro, non incide (per il loro carattere tipico ed eccezionale, ribadito, come si è notato, dalla Cassazione) sulla questione se la responsabilità civile, come figura generale delineata dal Codice, abbia un'unica o più funzioni.

In altri termini, il carattere polifunzionale dell'istituto, come si è visto, è già riscontrabile nella sua configurazione codicistica, senza che in proposito assuma rilievo l'esistenza di deroghe normative.

6. *La differente logica del danno non patrimoniale*

Il tema dei danni punitivi è se mai, per più aspetti, vicino a quello del danno non patrimoniale¹⁸. Prima di argomentare tale rilievo, va ricordato che per il danno non patrimoniale non può operare la regola dell'equivalenza tra danno subito e danno da risarcire, per il difetto ontologico del

¹⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e i danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1109 ss. Più cauto L. NIVARRA, *La Cassazione e il punitive damage. Un mondo piccolo per grandi danni*, in ID. (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, 2018, pp. 5 ss. Insiste giustamente sul principio di legalità C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, pp. 331 ss.

¹⁸ SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e i danni punitivi*, cit., pp. 1120 ss.; e v. oltre, § 8 testo e nt. 25.

primo termine del binomio: per definizione, il danno (non patrimoniale) non è suscettibile di calcolo economico, e quindi è privo di significato il principio della riparazione integrale¹⁹, al quale pure spesso si fa riferimento da dottrina e giurisprudenza per la quantificazione del risarcimento.

La funzione del risarcimento del danno non patrimoniale, inoltre, non solo non è assimilabile a quella dell'altro tipo di danno (la compensazione di una perdita economica), ma non è nemmeno unitaria, come diremo tra breve.

È bene ricordare, prima di considerare i profili funzionali, che la "tipicità" presenta una peculiare rilevanza per il danno non patrimoniale, in assenza del dato oggettivo – la perdita economica – che per l'altra figura di danno rappresenta un filtro di rilevanza parallelo a quello dell'ingiustizia. La storia e la comparazione mostrano il carattere peculiarmente discrezionale, e quindi la "politicità", della scelta normativa. Nelle diverse esperienze giuridiche, infatti, le soluzioni convergono (al di là delle concettualizzazioni adottate) sui criteri per l'ingiustizia del danno patrimoniale; sono invece nettamente differenziate sui criteri di risarcibilità di quello non patrimoniale, tra i due estremi opposti dell'esclusione assoluta (come era nel diritto sovietico) e dell'ammissibilità in via generale (come nel diritto francese).

La tendenza contemporanea è all'estensione delle ipotesi di risarcibilità, in Germania come in Italia, ma con la conservazione del principio di tipicità, e quindi senza un'equiparazione in via generale tra le due figure di danno. In questa direzione si sono mosse sia la riforma del BGB del 2002²⁰ (il nuovo secondo comma del § 253 stabilisce che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto, oltre che nei casi determinati dalla legge, in presenza di una lesione del corpo, della salute, della libertà o dell'autodeterminazione sessuale), sia la giurisprudenza della Cassazione italiana, che ha affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale quando siano lesi interessi della persona costituzionalmente rilevanti (escludendo espressamente gli interessi proprietari²¹, a differenza di quanto previsto

¹⁹ Ho argomentato in proposito in C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile*, in *Europa dir. priv.*, 2014, pp. 517 ss.

²⁰ Il trasferimento del contenuto del § 847 nel § 253 BGB ha il rilevante significato di collocare il risarcimento del danno non patrimoniale nella parte generale; ma i tipi previsti dal vecchio testo sono conservati (salva la riformulazione *politically correct* sulla libertà sessuale).

²¹ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 ha escluso il risarcimento del danno non patrimoniale alla proprietà; alcuni giudici di merito lo hanno invece ammesso, facendo riferimento non alla Corte EDU ma all'art. 17 Carta dei Diritti UE (v. DI GENOVA, *Risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, pp. 293 ss.). La Cassazione, in materia di immissioni, non ha applicato l'art. 42 Cost., ma il diritto al rispetto della vita privata, anche alla luce dell'art. 8 Cedu (Cass., Sez. un., 2611/2017).

dal diritto Cedu).

In ogni caso, quel che interessa ribadire è che non è solo la soluzione, ma proprio il problema che gli ordinamenti affrontano nei due casi (danno patrimoniale e danno non patrimoniale) a essere differente: per il danno patrimoniale, è quello dei criteri per la ripartizione tra i consociati del carico dei danni, come perdite economiche; per l'altro, invece, concerne la scelta di una, tra le possibili forme di reazione nei confronti di un fatto lesivo.

7. Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale

Il risarcimento del danno non patrimoniale determina un arricchimento della vittima.

Sul piano funzionale, emerge quindi un elemento comune, la finalità "satisfattiva" della vittima, secondo la tesi di Jhering, che ha una consolidata tradizione nel diritto tedesco²².

Si tratta poi di intendere le ragioni per le quali l'ordinamento attiva questa forma di tutela; e tali ragioni sono invece differenti nelle diverse ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale. Talvolta la soddisfazione si spiega agevolmente e si esaurisce con l'esigenza solidaristica e con il principio di eguaglianza, come per il danno biologico (risarcibile infatti in via generale, anche a titolo di responsabilità oggettiva); fino all'estremo opposto del danno da reato, dove l'elemento punitivo assume un ruolo caratterizzante, ancorché non esclusivo²³.

È da questa diversità funzionale del risarcimento (e non solo della responsabilità), e non dalla idea della "riparazione integrale", che possono trarsi elementi ai fini della quantificazione del danno da risarcire²⁴.

Anche i criteri funzionali hanno peraltro un valore relativo, non assoluto, dato che non contengono nessun elemento che ne consenta la traduzione oggettiva in una somma di denaro, anziché in un'altra. Ed è sotto questo aspetto che la tematica dei danni non patrimoniali si avvicina a quella dei danni punitivi.

²² Cfr. B.R. KERN, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes*, in *Arch. civ. pr.*, 191 (1991), pp. 247 ss.

²³ Per il risarcimento del danno non patrimoniale da reato come pena privata, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

²⁴ SALVI, *La responsabilità*, cit., pp. 281 ss.; E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pp. 505 ss.

8. *Danni punitivi e danno non patrimoniale*

Se forse è “frettoloso” equiparare danni punitivi e danno non patrimoniale²⁵, è anche vero che la finalità deterrente e punitiva è, in alcune ipotesi, comune a entrambe. Il problema del surplus punitivo, affrontato dalla Corte suprema USA, alla luce della tutela della proprietà di cui al XIV Emendamento²⁶, sussiste anche in ordine alla quantificazione del danno non patrimoniale. Il parallelo tra *punitives damages* e risarcimento del danno non patrimoniale mi pare, sotto questo aspetto, del tutto giustificato.

Essendo inapplicabile, come pure si è visto, il criterio della riparazione integrale fondato sull'equivalente monetario, la determinazione del quantum è affidata alla discrezionalità del giudice.

Il problema che ne deriva nasce dal ruolo crescente, e ormai prevalente rispetto al ricorso alla tutela penale, che la riparazione del danno non patrimoniale ha assunto per reagire alle aggressioni ai beni personali, come la reputazione, la riservatezza, l'identità personale, ovvero i “nuovi diritti” esistenziali.

La liquidazione di somme estremamente elevate può produrre una plusvalenza di punizione, e quindi di deterrenza. Assume un particolare rilievo il rischio di una eccessiva limitazione della libertà di informare e criticare.

Perché il ragionamento non risulti astratto, basti ricordare la condanna in primo grado (Trib. Torino 20 febbraio 2012) del giornalista Corrado Formigli al risarcimento di oltre 5 milioni di euro (bizzarramente calcolato, tra l'altro, moltiplicando la cifra media corrisposta in casi analoghi per il numero dei dipendenti della impresa attrice), per avere leso la reputazione

²⁵ Così F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 922. La somiglianza, o l'equiparazione, tra risarcimento del danno non patrimoniale e pena privata è sostenuta da un numero crescente di autori: v in particolare P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 249 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013. Da notare che la decisione del V Pleno Jurisdictional Supremo en Materia Laboral del Perú (4 agosto 2017) che ha affermato che il risarcimento dovuto al lavoratore a seguito di «licenziamento ingiurioso» deve comprendere, oltre ai danni patrimoniali e morali, una somma aggiuntiva a titolo di «danni punitivi», ha considerato la misura (non prevista dalla legislazione) come una «applicazione estensiva dei danni morali».

²⁶ A partire dalla sentenza BMW (1996). Sulla giurisprudenza della Corte Suprema e sul dibattito USA, v. per tutti F. BENATTI, *Correggere e punire*, Milano, 2008, pp. 30 ss.; sulla complessa tematica dei criteri e dei tetti per il calcolo dei *punitive damages* dopo le sentenze della Corte Suprema, ID., *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giust. civ. comm.*, 2017, pp. 9 ss.

della Fiat mettendo in dubbio le prestazioni di un suo modello durante una trasmissione televisiva. La sentenza è stata poi fortunatamente annullata dalla Corte d'appello di Torino (28 ottobre 2013), in nome dell'art. 21 cost., confermata dalla Corte di Cassazione (ord. 14727/2018).

Il tema è stato affrontato dalla Corte EDU che ha condannato il Portogallo per violazione dell'art. 10 della Convenzione, che garantisce la libertà di espressione, con riferimento alla condanna di un giornalista al risarcimento di 60 mila euro per un articolo nel quale si criticava il Presidente della Corte suprema di quel paese. La Cedu ha riscontrato nella condanna una finalità punitiva, contrastante con la libertà di manifestazione del pensiero²⁷.

Alla responsabilità per danni non patrimoniali può corrispondere insomma un eccesso di funzione sanzionatoria, in assenza delle garanzie che sul piano del procedimento e soprattutto dell'entità della sanzione circondano l'esercizio della funzione punitiva dello Stato. Da questo punto di vista, rileva il profilo di costituzionalità connesso al principio di legalità di cui agli artt. 23 e 25 Cost.

La Cassazione ha fatto riferimento, nella sentenza ricordata all'inizio, a tali norme costituzionali per affermare il carattere "eccezionale" delle norme di legge che prevedono, per il danno patrimoniale, un quantum risarcitorio superiore alla perdita economica. Ancora più rilevante a me pare il problema con riferimento ai danni non patrimoniali²⁸.

Coerente con questi rilievi è l'idea di una definizione legislativa dei parametri risarcitori per i diversi tipi di danno non patrimoniale, dal momento che le valutazioni della "società civile", alle quali talvolta si fa riferimento, andrebbero più propriamente affidate al legislatore che al giudice. E ciò rispettando i principi costituzionali: e quindi, da un lato, assicurando uniformità di trattamento per danni "eguali", e, dall'altro, tutelando i diritti della persona di cui all'art. 2 cost. oltre i confini di un «simulacro di risarcimento» (Cass. sent.7632/2003), ma non oltre le dimensioni per le quali il risarcimento si trasformerebbe in una punizione "privata", ciò che lederebbe gli altri principi costituzionali, prima ricordati.

²⁷ C. eur. dir. uomo, Tavares v. Portugal, 17 gennaio 2017.

²⁸ Nell'edizione 2018 delle tabelle del Tribunale di Milano, ufficializzate il 14 marzo, sono per la prima volta indicati i criteri per la liquidazione del danno da diffamazione a mezzo stampa e da abuso del processo. Il primo è stato classificato in cinque tipologie secondo la sua gravità; tra i fattori rilevanti è la intensità dell'elemento psicologico. Per il secondo il riferimento è ai compensi liquidati all'avvocato al netto delle spese, riducibile o aumentabile della metà secondo le circostanze. Per l'auspicio dell'estensione del metodo tabellare, G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, pp. 1195 ss.

9. *Alcune riflessioni conclusive*

Quando, negli anni '70 del secolo scorso, si rifletteva in termini di “crisi” della responsabilità civile per eccesso di fini²⁹, la prospettiva (o la proposta) era il ridimensionamento dell'istituto, che appariva destinato a essere in parte sostituito da più efficaci forme di compensazione sociale dei danni.

La storia ha seguito una via diversa. La crisi fiscale dello Stato riduce i margini per meccanismi pubblicistici di compensazione dei danni e, in generale, l'orientamento del diritto contemporaneo è alla privatizzazione del controllo sociale sulle attività lesive, dannose o pericolose (parallelamente a quanto accade in materia contrattuale, con tematiche come quella della cosiddetta tutela del consumatore). Non balzò era il dubbio avanzato sotto questo aspetto dal giudice remittente a proposito dell'art. 96 c.p.c.³⁰ (respinto da Corte cost., sent. 152/2016).

Il modello regolatorio europeo si è avvicinato a quello deregolato statunitense³¹, e questa tendenza trova una delle sue manifestazioni nella nuova attenzione ai danni punitivi, o figure simili, nei diritti codicistici, sostituendo il controllo privato a quello pubblico.

Parallelamente, le tendenze neindividualistiche conducono alla proliferazione (per via legislativa e, più spesso, giurisprudenziale) di nuovi «diritti soggettivi» che traducono in denaro il male di vivere, proprio dell'esistenza umana.

Probabilmente c'è qualcosa di positivo in tutto ciò³²; ma resta il dubbio sull'abdicazione delle funzioni solidaristiche collettive e sulla monetizzazione di valori e interessi esistenziali, che caratterizzano in un non casuale parallelo l'odierno diritto della globalizzazione.

²⁹ V. sopra, n. 9.

³⁰ Egli si domandava perché la somma prevista come sanzione dell'abuso processuale dovesse andare alla controparte invece che all'Erario, in base agli artt. 3, 24, 111 della Costituzione.

³¹ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a “punitive damages”*, in *www.Judicium.it*, 2017.

³² Interessanti le riflessioni in proposito di F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit.

*Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale,
una missione impossibile.
Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno
non patrimoniale**

SOMMARIO: 1. Dopo le sentenze delle Sezioni unite della Cassazione permane la diversità di soluzioni giurisprudenziali – 2. Il rischio di confondere il principio di tipicità con una nozione unitaria di danno non patrimoniale. Osservazioni sul danno alla proprietà – 3. Principio di tipicità e (diverse) funzioni del risarcimento – 4. Alle origini del principio di tipicità – 5. Il principio del risarcimento integrale ha un significato giuridico solo per il danno patrimoniale. La valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.* – 6. Risarcimento integrale (e duplicazione del risarcimento) non hanno invece un senso giuridico per il danno non patrimoniale. La questione della prova – 7. I criteri funzionali per la liquidazione. Lasciano aperto il problema della traduzione in una somma di denaro – 8. Parità di trattamento e *surplus* punitivo: due problemi aperti – 9. L'esigenza di criteri uniformi e ragionevoli (e l'opinabile figura della «equità collettiva»).

1. Dopo le sentenze delle Sezioni unite della Cassazione permane la diversità di soluzioni giurisprudenziali

È opinione largamente condivisa che le sentenze delle Sezioni unite (Cass. 26972-5) del 2008 non hanno risolto il problema del risarcimento del danno non patrimoniale¹. Le successive sentenze della terza sezione della Cassazione hanno infatti adottato una varietà di criteri interpretativi, soprattutto in ordine alla quantificazione del risarcimento, che sembrano mettere in discussione i principi affermati dalle Sezioni unite, e in particolare quello per cui «il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 [...] costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie».

Stiamo solo alle sentenze rese nel 2013. Per Cass. 22585/2013 il danno morale e il danno «dinamico relazionale» vanno liquidati autonomamente dal danno biologico, mentre per Cass. 21716, 11950, 3290/2013 ciò costituirebbe un'inammissibile «duplicazione risarcitoria». Contrasti analoghi per il danno non patrimoniale da morte: secondo Cass. 4043/2013

*Pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2014, pp. 517-531.

¹ Per tutti F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 129 s. ; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale e del danno morale soggettivo*, in *Foro it.*, 2013, I, cc. 3445 s.

ne va adottata una nozione unitaria e omnicomprensiva, mentre per Cass. 19402/2013 occorre tenere separatamente conto, ai fini della liquidazione, del danno biologico, di quello morale e del danno alla vita di relazione. E nella stessa materia Cass. 9231/2013 ha riesumato la nozione di danno esistenziale (o «dinamico relazionale»). Vi è stato poi il ritorno del danno da lesione della «capacità lavorativa generica», che, in quanto danno patrimoniale (diverso dalla lesione della specifica capacità di lavoro e di guadagno), si aggiungerebbe al danno biologico, mentre, secondo la giurisprudenza costante da Cass. 3260/1993, in tal modo si determinerebbe la famigerata e temuta duplicazione risarcitoria. Del resto, anche sull'accertamento e la liquidazione del danno (patrimoniale) derivante dalla riduzione della capacità lavorativa specifica non mancano decisioni contrastanti (Cass. 2644/2013 rispetto a, tra le altre, Cass. 19357/2007), dietro le quali riemerge la controversia sul significato della nozione di danno biologico.

Anche la dottrina recente offre orientamenti diversi, che di solito ripropongono le differenti concezioni del danno non patrimoniale che da tempo animano il dibattito teorico.

Questa situazione presenta aspetti negativi anzitutto sul piano della certezza del diritto, che è un valore non secondario dell'ordinamento giuridico. Giustamente, in contributi recenti, si sottolinea l'esigenza che il criterio per il risarcimento del danno non patrimoniale sia al tempo stesso certo e giusto².

Se il giudice Holmes diceva che il diritto è la previsione di ciò che il giudice deciderà, oggi mancano punti fermi che consentano di stabilire quale sia il diritto vigente in questa materia, largamente affidata alla «lotteria forense» di chi sarà chiamato a decidere, al punto che sempre più spesso i diversi orientamenti della Cassazione vengono ricondotti ai nomi dei diversi relatori: ciò che non appare certamente rispondente alla funzione nomofilattica della suprema corte.

Occorre allora domandarsi se non vi sia qualcosa di sbagliato nel modo stesso in cui le sezioni unite hanno concettualizzato la materia.

Come è noto, i capisaldi delle sentenze del 2008 sono due: la già ricordata affermazione per cui il danno non patrimoniale costituisce categoria unitaria, e il principio della «integralità del risarcimento del danno alla persona», con la conseguente necessità di evitare, in sede di liquidazione, le «duplicazioni di risarcimento».

Mi pare di poter dire che, delle due affermazioni, la prima sia opina-

² G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, pp. 553 s.

bile, quantomeno senza ulteriori precisazioni; e su questo la dottrina è già intervenuta con puntuali osservazioni. Ma anche il secondo principio è molto opinabile, perché a me pare che parlare di risarcimento integrale per il danno non patrimoniale sia formulazione priva di significato giuridico (v. oltre, § 6).

2. Il rischio di confondere il principio di tipicità con una nozione unitaria di danno non patrimoniale. Osservazioni sul danno alla proprietà

Quanto al primo aspetto, si è sottolineato che affermare il carattere unitario della nozione di danno non patrimoniale, e al tempo stesso individuarne tre sottotipi (il danno biologico, il danno derivante dalla lesione di interessi personali di rango costituzionale, il danno morale soggettivo, secondo l'indicazione della sent. 233/2003 della Corte costituzionale), per poi aggiungere che però le tre sottocategorie sono meramente descrittive, apre più problemi (come in effetti si è visto) di quanti si intendessero risolvere³.

La ragione è che questa concettualizzazione, a mio avviso, determina una sovrapposizione di piani fra il principio di tipicità e la definizione concettuale della categoria.

Il principio di tipicità è stato confermato dalla giurisprudenza, anche se reinterpretato alla luce della Costituzione. Non tutti i danni ingiusti, che sarebbero risarcibili se patrimoniali, in base all'art. 2043, determinano il diritto al risarcimento anche per il danno non patrimoniale; ma solo quelli per i quali tale tutela è espressamente prevista dalla legge, o è desunta dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059.

La soluzione (diversa da quella adottata nel sistema francese, e simile a quella tedesca) è a mio avviso condivisibile, e deriva dalla diversità di funzioni che il risarcimento svolge nei due campi: per il danno patrimoniale, il trasferimento di una perdita economica dal soggetto che l'ha subita ad un altro soggetto; per il danno non patrimoniale, l'attribuzione di una somma di denaro, in assenza di una perdita economica, a favore della vittima di un evento lesivo.

È quindi comprensibile che nel secondo caso la tutela, oltre le ipotesi specificamente previste dalla legge, si attivi solo quando l'interesse leso abbia una peculiare rilevanza giuridica, che deriva appunto dal valore costituzionale della tutela della persona.

³ BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, cit., p. 130.

Per la verità, non è facile prevedere se questa differenziazione (confermata da Cass. 5096/2013) potrà mantenersi in futuro. La sent. 26972/2008 delle Sezioni unite ha escluso, con espresso riferimento alla diversa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che la lesione della proprietà possa rientrare nell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059. E la ragione risiede in ciò, che la proprietà non è uno dei «diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione», ai quali applicare il principio della «tutela minima risarcitoria». Il danno non patrimoniale è quindi risarcibile solo se «determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica».

Per la Corte di Strasburgo, invece, il diritto di proprietà rientra tra quelli inviolabili, a pari titolo dei diritti di libertà, e pertanto la sua lesione comporta il risarcimento anche del danno non patrimoniale. E questo criterio ha già fatto capolino nel nostro ordinamento, nella nuova disciplina dell'occupazione acquisitiva. L'art. 42-*bis* del t.u. espropriazioni (d.p.r. 8-6-2001 n. 327), introdotto nel 2011 (d.l. 6-7-2011 n. 98), stabilisce infatti nel co. 1 che in caso di acquisizione del bene alla pubblica amministrazione «al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene».

Il riferimento a questa norma consente di aggiungere che all'incertezza del diritto in questa materia, come purtroppo anche in altre del diritto civile, concorre una crescente legislazione settoriale e talvolta criptica, che prevede il risarcimento del danno non patrimoniale (peraltro variamente descritto nelle singole norme) in un numero crescente di ipotesi⁴.

3. Principio di tipicità e (diverse) funzioni del risarcimento

Ma torniamo al punto: il principio di tipicità, e quindi l'art. 2059 reinterpretato alla luce della Costituzione, non implica necessariamente che esista un unico "tipo" o modello di danno non patrimoniale.

I tipi o modelli, per i quali oggi è ammesso il risarcimento, sono invece fra loro differenti perché rispondono a funzioni diverse che giustificano

⁴ Cfr. da ult. gli artt. 1082 d.p.r. 15-3-2010 n. 90 (t.u. ordinamento militare), che parla di danno morale, da calcolare tenendo conto dell'entità della sofferenza e della lesione della dignità della persona, e il d.p.r. 30-10-2009 n.181 (risarcimento delle vittime del terrorismo), che prevede la risarcibilità del danno morale, oltre che del danno biologico e di quello consistente nell'"aggravamento fisico".

variamente il diritto al risarcimento⁵.

Consideriamo, senza volerci troppo addentrare nella casistica, le tre ipotesi principali di danno non patrimoniale risarcibile: il danno biologico, il danno da lesione dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti, il danno da reato.

Nel primo caso, la tutela risarcitoria si attiva per il solo fatto della lesione del diritto alla salute, e quindi per ragioni solidaristiche, che prescindono del tutto da considerazioni attinenti alla condotta lesiva. Come è noto, la figura è stata introdotta dagli anni '80 del secolo scorso per ragioni che non riguardano solo la proclamazione della salute come diritto fondamentale da parte dell'art. 32 Cost. Che il danno alla salute fosse risarcibile, non si era mai dubitato. La novità, consacrata dalla sent. 184/1986 della Corte costituzionale, è nel collegamento con gli artt. 2 e 3 Cost. Tutela preminente della persona umana, dovere di solidarietà e principio di eguaglianza formale e sostanziale determinano il contrasto con la Costituzione del vecchio sistema risarcitorio, basato sulla capacità reddituale della vittima. Si comprende allora la logica attraverso la quale la Cassazione, non avendo il legislatore definito criteri per la liquidazione del danno (se non per la circolazione stradale, con soluzione di dubbia legittimità costituzionale per la conseguente disparità di trattamento), ha indicato un punto di riferimento certo e uniforme (le "tabelle milanesi").

Ha poi aggiunto, e qui cominciano i problemi, che queste tabelle possono essere «adeguate» con una personalizzazione del *quantum* risarcitorio, anche se vanno evitate «duplicazioni di risarcimento». Ora il problema sembra nascere proprio dal riferimento a questa "personalizzazione" del risarcimento, perché non è ben chiaro se a tal fine si debba tener conto di altre "sottocategorie" (come il danno morale soggettivo, o il famigerato danno esistenziale, che in tal modo rientra dalla finestra), o se la determinazione sia affidata all'equità giudiziale. Ed è per la via così lasciata aperta che si è inserita la difformità interpretativa e concettuale cui facevo riferimento all'inizio⁶.

⁵ Alla tesi di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Noviss. Dig. it.*, 1957, pp. 76 s., ora in ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pp. 293 s., *ivi*, 315 s., che assegna al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione riparatoria e satisfattoria, si è contrapposta quella che ritiene invece prevalente la funzione punitiva (G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983). Resto convinto, come dico nel testo, che la tutela svolge funzioni diverse nei diversi "tipi" (C. SALVI, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, pp. 64 s.; e cfr. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pp. 354 s.).

⁶ Le «tabelle milanesi», a partire dal 2009, prevedono la liquidazione congiunta

D'altra parte, la necessità di evitare la “duplicazione” del risarcimento è principio privo di senso, per le stesse ragioni per le quali lo è il principio parallelo della riparazione integrale. Ma sul punto tornerò (§ 6).

E veniamo ora al secondo tipo di danno non patrimoniale risarcibile: la lesione di un diritto della persona “costituzionalmente rilevante”. Qui le ragioni della tutela non risiedono in considerazioni di carattere solidaristico, attente solo alla posizione della vittima. In particolare, la lesione della reputazione, della riservatezza, dell'identità personale, ecc. si accerta alla luce di un giudizio comparativo con la condotta lesiva, che spesso a sua volta è espressione di interessi costituzionalmente protetti *ex art. 21* (l'informazione, la critica, la satira, ecc.). A tal fine, la giurisprudenza ha elaborato criteri di bilanciamento (ricapitolati da Cass. 9458/2013).

È bene sempre ricordare che la responsabilità civile si differenzia da quella penale in ciò, che la “sanzione” (usando qui l'espressione in senso atecnico) consiste nel trasferimento di una somma di denaro da un soggetto privato ad un altro soggetto privato, e che quindi l'attivazione della tutela deve tener conto di entrambi gli interessi coinvolti, quando siano di pari rilevanza costituzionale. A differenza che per il danno biologico, qui il principio della solidarietà per la vittima non può dispiegarsi pienamente, altri essendo i criteri di valutazione ai quali (giustamente) la giurisprudenza ricorre per accertare la prevalenza o meno dell'interesse della vittima su quello del convenuto; e tra tali criteri rientrano da un lato la gravità della condotta e l'entità dell'offesa (del resto espressamente richiamati, ai fini di individuare la sussistenza dei presupposti per la tutela, dalle sentenze del 2008), dall'altro, la comparazione in concreto degli interessi costituzionali configgenti. E tali elementi non possono non concorrere altresì alla determinazione del *quantum* risarcitorio (v. oltre, § 7).

Non ha molto senso considerare queste ipotesi come una sotto categoria meramente descrittiva di una nozione unitaria di danno non patrimoniale. Il danno non patrimoniale in questi casi è risarcibile, alla luce della reinterpretazione dell'art.2059; ma la funzione della tutela è certamente diversa, ed è riconducibile alla logica soddisfattoria di cui parla una consolidata tradizione nel diritto tedesco, che risale a Jhering⁷.

Infine, per il danno non patrimoniale da reato la gravità tanto della

dell'intero danno non patrimoniale alla salute (e del danno da morte del congiunto), nonché percentuali massime di aumento (c.d. personalizzazione), laddove il caso presenti peculiarità (da allegare e provare, «anche in via presuntiva») che possono concernere sia «gli aspetti anatomico-funzionali e relazionali», sia «gli aspetti di sofferenza soggettiva».

⁷ Cfr. B-R. KERN, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes*, in *Arch. civ. Praxis*, 191, 1991, pp. 247 s.

condotta lesiva tanto della lesione è insita nella tipizzazione normativa, appunto come reato, della fattispecie; e quindi certamente la funzione punitiva, accanto a quella satisfattiva, svolge un ruolo rilevante, destinato a riflettersi sui criteri per la liquidazione.

4. *Alle origini del principio di tipicità*

Parrebbe doversi concludere che una categoria unitaria di danno non patrimoniale, una sua unitaria nozione «ontologica», come è stato detto⁸, non esiste. In effetti, la formula del danno non patrimoniale riassume le ipotesi in cui l'ordinamento, per ragioni che possono essere e sono diverse, prevede la tutela consistente nell'attribuzione di una somma di denaro alla vittima di un evento lesivo anche in assenza e comunque indipendentemente da una perdita economica⁹.

Per la verità anche la nozione di danno patrimoniale è normativa, non naturalistica, e fu introdotta come figura generale nella fase dell'elaborazione del diritto moderno, mentre era sconosciuta in quello premoderno. Ma questa figura è consolidata nella logica del sistema, cioè nella logica di un diritto privato basato sulla patrimonialità e sul valore di scambio dei beni. Non a caso, al di là della terminologia, le soluzioni normative adottate dagli ordinamenti giuridici in questo campo sono sostanzialmente uniformi.

Per il danno non patrimoniale, invece, molto più alto è il tasso di "politicità" della scelta normativa, com'è confermato dalle diverse soluzioni storicamente adottate, e tutt'ora vigenti, negli ordinamenti giuridici contemporanei.

La diversità di soluzioni, nei diversi sistemi giuridici, si è formata nell'800¹⁰, e deriva probabilmente dal peso diverso che nell'affermazione del capitalismo, e quindi nella formazione del diritto privato moderno, hanno avuto le diverse classi sociali e le corrispondenti ideologie. La più ampia risarcibilità del danno morale è si affermata là dove la nascita del nuovo sistema giuridico è informata all'egemonia dei valori della borghesia, come in Francia e negli USA (a differenza dell'Inghilterra). Mentre le maggiori osti-

⁸ P. G. MONATERI, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, in *Danno e resp.*, 2014, pp. 62 s.

⁹ Su quanto scrivo in questo § mi sono ampiamente soffermato in SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 59 s.

¹⁰ La migliore ricostruzione resta quella di O. BRUSIIN, *Zum Problem des immateriellen Schadens*, Turku, 1966, *passim*.

lità vengono, prima che nascano i sistemi socialisti (nei quali il diniego della risarcibilità era motivato con il rifiuto della “filosofia borghese”, per la quale ogni cosa ha il suo prezzo), nell’esperienza tedesca – dal codice prussiano del 1794 al BGB – per il ruolo dell’ideologia, propria di ceti feudali e aristocratici, del dolore e dell’onore come beni non monetizzabili. Tale ideologia venne poi considerata una caratteristica nazionale germanica, e la soluzione restrittiva del BGB fu motivata nei lavori preparatori sulla base del contrasto dello *Schmerzensgeld* con il «moderno senso germanico della giustizia e della moralità». Può così intendersi come la retorica anti borghese del fascismo potesse similmente indicare (nella Relazione al Re all’art. 2059) nell’analoga soluzione accolta dal Codice del 1942 l’espressione di un principio proprio della «civiltà giuridica nazionale», forzando l’effettiva esperienza storica, che non aveva mancato di subire gli influssi, sotto il Codice abrogato, dell’evoluzione, favorevole alla risarcibilità, del sistema francese (l’orientamento contrario della Cassazione fu definito solo nel 1924).

Si conferma insomma la “politicalità” della scelta normativa; anche se poi, com’è ovvio, la tradizione nazionale, tradottasi in regole normative o giurisprudenziali, ha assunto un suo peso autonomo nel perpetuare quelle scelte, in modo largamente indipendente dalle motivazioni culturali iniziali.

In ogni caso, quel che interessa sottolineare è che non è solo la soluzione, ma proprio il problema che gli ordinamenti affrontano nei due casi (danno patrimoniale e danno non patrimoniale) a essere differente: per il danno patrimoniale, è quello dei criteri per la ripartizione tra i consociati del carico dei danni, come perdite economiche; per l’altro, invece, concerne la scelta di una, tra le possibili forme di reazione nei confronti di un fatto lesivo.

La conferma viene del resto dalla comparazione: se comune è oggi la tendenza all’espansione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, il sistema tedesco (anche con la riforma del 2002 del BGB)¹¹ e quello italiano conservano il principio di tipicità e quindi la non equiparazione in via generale (a differenza che nel sistema francese) tra le due figure di danno.

È comunque difficile negare che la odierna tendenza all’estensione tanto delle ipotesi di risarcibilità, quanto dell’ammontare del risarcimento, siano espressione non solo di una maggiore attenzione alla tutela della persona, ma anche di quella “monetizzazione”¹² di tutti i valori e gli interessi, che caratterizza le società contemporanee.

¹¹ G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, pp. 131 s.

¹² A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, p. 267, parla di «mercificazione della persona umana», M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, pp. 119 s., della funzione di “medium simbolico” assunta dal denaro.

5. *Il principio del risarcimento integrale ha un significato giuridico solo per il danno patrimoniale. La valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.*

L'espressione "danno non patrimoniale" non sembra avere, come si è detto, un significato che vada oltre il riferimento a tutte le ipotesi in cui l'ordinamento giuridico assicura la tutela risarcitoria pur in assenza di una perdita economica in capo all'attore; ed ha quindi, a ben vedere, una connotazione unitaria solo in senso negativo, *per differentiam* rispetto al danno patrimoniale.

Le "sottocategorie" di cui parla la Cassazione hanno quindi senso, se riferite appunto al principio di tipicità, e alle diverse funzioni che, come si è visto, il risarcimento svolge nei diversi tipi: e non come elementi descrittivi di una figura (e funzione) unitaria del danno non patrimoniale e del suo risarcimento.

Ma se le cose stanno così, occorre anche domandarsi se abbia senso parlare per il danno non patrimoniale di "risarcimento integrale", adattando a tale figura il principio generale adottato dal Codice civile per il danno patrimoniale; ovvero se, al contrario, sia una missione impossibile proporsi di determinare i criteri di quantificazione del danno non patrimoniale attraverso l'applicazione di quel principio. La mia opinione è la seconda, e passerò ad argomentarla, prima di svolgere qualche considerazione sul problema del *quantum* risarcitorio.

Il principio del risarcimento integrale ha un preciso significato giuridico per il danno patrimoniale, dove non esprime una generica istanza riparatoria, ma la regola per la quale la somma dovuta a titolo di risarcimento va calcolata in modo da corrispondere all'entità della perdita economica subita dalla vittima, sulla base delle regole all'uopo predisposte (art. 2056). Risarcimento, appunto, per equivalente (monetario), mediante il quale si attua la traslazione di un costo, che si sia verificato a carico di un soggetto, da questi ad un altro soggetto, individuato come responsabile in base a uno dei criteri normativi di responsabilità, e sul presupposto del carattere "ingiusto" del danno. Riparazione integrale significa quindi che la vittima ha diritto a una somma di denaro calcolata in modo da corrispondere alle perdite economiche subite, comprensive sia della diminuzione del patrimonio che del mancato guadagno, nei limiti del criterio di regolarità causale desunto dall'art. 1223.

La funzione della tutela, di compensazione economica sulla base del criterio di equivalenza monetaria tra ammontare della perdita e ammontare del risarcimento, ha alcuni corollari significativi in ordine alla determinazione del *quantum*: l'irrilevanza sia del grado di colpevolezza (o dell'entità

del rischio introdotto, nelle ipotesi di responsabilità oggettiva), sia delle condizioni economiche delle parti (con l'unica eccezione dell'art. 2047, co. 2, c.c.), sia dell'eventuale arricchimento del responsabile, maggiore del danno arrecato. E, su un altro versante, ne deriva che il risarcimento non può comportare l'arricchimento della vittima, donde la regola giurisprudenziale della *compensatio lucri cum damno* (Cass. 12248/2013).

La valutazione equitativa del giudice¹³ interviene solo quando il danno patrimoniale sia certo, ma non sia possibile la medesima certezza sulla sua misura.

Così l'art. 1226 si applica quando sia impossibile provare il "preciso ammontare" del danno, per evitare il risultato ingiusto che altrimenti si avrebbe, di negare il risarcimento per l'impossibilità di fornire quella prova, pur essendo certo (e su questo l'onere della prova è dell'attore, secondo la costante giurisprudenza: da ult. Cass. 11968/2013) che una perdita economica vi sia stata.

Analogamente, per il lucro cessante (art. 2056, comma 2) l'apprezzamento equitativo è previsto per la peculiarità della figura, che implica (in modo più significativo che per l'inadempimento) un giudizio per lo più di tipo probabilistico, e sempre comunque sul presupposto che un mancato guadagno vi sia stato.

Queste regole, dunque, non derogano ma concorrono a una soddisfacente applicazione della riparazione integrale, come pagamento dell'equivalente in denaro della perdita subita.

Le uniche deroghe al principio, nel sistema del Codice, sono gli artt. 2045 e 2047 2° co., dove il potere equitativo del giudice è previsto al fine di eventualmente ridurre l'ammontare del risarcimento, rispetto a quello che sarebbe stato dovuto in base al principio della riparazione integrale.

Del resto, tale principio «non ha copertura costituzionale», e «in casi eccezionali il legislatore può pure ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno»; ma tale riduzione è sottoposta al controllo di "ragionevolezza" del giudice costituzionale¹⁴ (Cort. cost. 369/1996 e 132/1985).

¹³ Cfr. G. GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 2029 s.

¹⁴ La questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 d. lgs. 7-9-2005 n. 209 (criteri per il risarcimento del danno biologico per lesioni lievi, derivanti dalla circolazione stradale) sollevata dal giudice di pace di Torino (ord. 30-11-2009, in *Foro it.*, 2010, I, c. 701), riguardava (anche) la lesione di questo principio, che il giudice desumeva dall'art. 2 Cost. La Consulta (ord. 28-4-2011, n. 157, in *federalismi.it*, 9, 2011) la ha ritenuta manifestamente inammissibile, non avendo il giudice adeguatamente motivato la rilevanza della questione nel caso concreto.

6. *Risarcimento integrale (e duplicazione del risarcimento) non hanno invece un senso giuridico per il danno non patrimoniale. La questione della prova*

È di tutta evidenza che le regole giuridiche ora descritte, e nelle quali si sostanzia il principio del risarcimento integrale del danno (patrimoniale), sono inapplicabili, e anzi prive di senso, per il danno non patrimoniale, dove manca - per definizione - il presupposto di quelle regole (e del principio che le riassume), che è la perdita economica subita dalla vittima.

Porre quindi quel principio alla base della ricerca dei criteri per la liquidazione conduce al vicolo cieco di un'argomentazione che non è in grado di tradursi in regole operative. E lo stesso deve dirsi, di conseguenza, per l'esigenza, affermata dai giudici, di evitare la "duplicazione" del risarcimento, quando affermata con riferimento non al principio di tipicità, ma alla determinazione delle somme di denaro nella quale si concretizza la tutela.

Le origini dell'equivoco sono antiche, e risiedono nella identificazione del danno non patrimoniale con il danno morale inteso come «ingiusto perturbamento dello stato d'animo» ovvero «sofferenza morale o psichica» della vittima. Per ricondurre il danno morale-soggettivo, nella vigenza del vecchio Codice, entro la figura generale del danno risarcibile, veniva instaurato un parallelismo con il danno patrimoniale: come questo consiste in un tipo di conseguenze dell'evento lesivo (la perdita economica), così l'altro consiste in un altro tipo di conseguenze, che si producono nella sfera psichica della vittima, anziché nel suo patrimonio, risarcibili pagando il *pretium doloris*.

Ma il parallelismo tra patrimonio in senso proprio e patrimonio "psichico" è di evidente inconsistenza, così come lo è la pseudo-equivalenza monetaria del dolore. L'equivoco permane anche quando il danno morale-soggettivo appare categoria inidonea a descrivere le ipotesi di danno risarcibile, com'è chiaro anche al di là dell'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 2059. Basti considerare (per restare nell'ambito dell'art. 185 cod. pen.) i casi in cui si ammette il risarcimento del danno non patrimoniale da reato a favore di soggetti pubblici o associativi, che certamente non sono in grado di provare perturbamento d'animo o sofferenze psico-fisiche.

La conferma di quanto si è detto si può trarre dalla controversa questione della "prova" del danno non patrimoniale¹⁵. L'impossibilità di provare il danno morale fu l'argomento, forse il principale, usato sotto i vecchi codici per negarne le risarcibilità.

¹⁵ Più ampiamente da me esaminata in SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 70 s.

Oggi la giurisprudenza (Cass. 16946/2003; 7471/2012) afferma che esso deve essere «allegato e provato», secondo i principi del sistema processuale. Si tratta però di capire che cosa esattamente debba essere “provato”, e, ancora una volta, il problema nasce dall’idea che il danno non patrimoniale sia una “conseguenza” del fatto lesivo, nello stesso senso in cui lo è il danno patrimoniale. La giurisprudenza è così costretta a ricorrere all’argomento presuntivo dell’*id quod plerumque accidit*; in concreto, la prova richiesta si esaurisce in quella della lesione della situazione giuridicamente protetta: com’è chiaro per il danno biologico (dov’è sufficiente provare la lesione dell’integrità psico-fisica secondo i canoni della scienza medica), ma anche per gli altri tipi, perché l’argomento presuntivo si sostanzia nella constatazione che quel tipo di evento lesivo determina, secondo il comune giudizio sociale, conseguenze negative (sofferenza, peggioramento della qualità della vita, perdita di prestigio, di immagine, ecc.). L’attore deve provare insomma la lesione di una situazione soggettiva tipicamente protetta (dall’art. 2059 o da altre norme di legge), non di avere sentito dolore, o di aver subito in concreto un peggioramento delle qualità della vita, ecc; laddove, come si è ricordato, per il danno patrimoniale è la perdita economica che deve essere provata, e non solo l’ingiustizia del fatto lesivo. In questo senso si spiegano le ricorrenti affermazioni giurisprudenziali, secondo le quali la prova del danno non patrimoniale è *in re ipsa*.

7. I criteri funzionali per la liquidazione. Lasciano aperto il problema della traduzione in una somma di denaro

La soluzione del problema della quantificazione «certa e giusta» del danno non patrimoniale non può quindi essere rinvenuta a partire dal principio dell’integralità del risarcimento, che poco o nulla è in grado di dire al riguardo, mancando per definizione uno dei due termini della “equivalenza” monetaria. Che via allora seguire?

Mi sembra persuasivo l’orientamento che muove dalle considerazione delle funzioni del risarcimento¹⁶, diverse, come si è ricordato, nei diversi “tipi” normativi: e quindi un criterio tendenzialmente uniforme, e prevalentemente legato all’entità della lesione, per il diritto all’integrità psico-fi-

¹⁶ V. sopra, nota 5; di recente in questo senso BUSNELLI, *Non c’è quiete dopo la tempesta*, cit., pp. 135 s., G. PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il “quantum” il vero problema del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 135 s.

sica (c.d. danno biologico); laddove per i diritti della personalità occorrerà tenere conto altresì della gravità della condotta, del tipo di interesse protetto, e, credo, delle condizioni economiche del convenuto, alla luce della funzione satisfattiva e deterrente della tutela; criteri, questi, il cui rilievo andrebbe accentuato per il danno da reato¹⁷.

Per questa via è possibile affrontare anche in modo probabilmente più adeguato il problema della “personalizzazione” del danno alla salute. Il risarcimento del danno biologico con il metodo tabellare non esaurisce infatti l’esigenza riparatoria, anche sotto il profilo non patrimoniale, del danno alla salute; che può essere soddisfatta senza dovere tornare alle sottocategorie giurisprudenziali, bensì alla luce della considerazione che il danno biologico, come tradotto in denaro con il metodo tabellare, costituisce il minimo risarcitorio, che deve essere uniforme per tutte le vittime che hanno subito lo stesso tipo di lesione; mentre il *quantum* complessivo terrà conto degli ulteriori criteri connessi alle considerazioni funzionali che si sono svolte, quando ne ricorrano i presupposti.

Se si dà rilievo preminente ai fini della liquidazione alle (diverse) funzioni del risarcimento, appare pleonastico il persistente riferimento al principio dell’integralità del risarcimento: considerato una «conquista di civiltà», pur ammettendo che esso «non riflette un dato oggettivo di per sé suscettibile di diretto riscontro economico», ma si riduce a «obiettivo ragionevolmente perseguibile in termini di effettività del pregiudizio»¹⁸.

E tuttavia, proprio quest’ultima precisazione lascia aperto il problema più rilevante che ora passiamo ad affrontare. I criteri funzionali di cui si è detto hanno un valore relativo, non assoluto, nel senso che non contengono alcun elemento che ne consenta la traduzione oggettiva in una somma di denaro, anziché in un’altra. Per il danno biologico, provvedono le tabelle assunte a fonte para-normativa della Cassazione, ma per le altre figure o voci?

In altri termini, se criteri obiettivi sono necessari, e se essi possono essere definiti solo alla luce e sulla base di considerazioni inerenti non al “contenuto” del danno ma alle funzioni che svolge (differenti a seconda delle ragioni per le quali, nei diversi tipi, è prevista la tutela), il problema della loro trasformazione in una somma di denaro, piuttosto che in un’altra, va affrontato prescindendo dall’idea che vi possa essere, in natura, un criterio obiettivo di misurazione monetaria del danno non patrimoniale, che assicuri l’effettività della riparazione. Questo criterio può essere solo normativo (v. § 9).

¹⁷ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., pp. 390 s.

¹⁸ BUSNELLI, *Non c’è quiete dopo la tempesta*, cit., p. 143.

8. *Parità di trattamento e surplus punitivo: due problemi aperti*

Come ho osservato, non solo il preteso principio del risarcimento integrale, ma neppure i criteri funzionali di cui si è detto, contengono elementi che ne consentano oggettivamente la traduzione in una somma di denaro, anziché in un'altra. È corretto, ad es., affermare che una lesione dolosa determini un *quantum* maggiore di una prodotta per mera colpa. Ma rimane il quesito: maggiore (o minore) rispetto a quale somma di denaro?

Il problema assume rilievo sotto due profili, concernenti entrambi principi di rilevanza costituzionale. In primo luogo, va assicurata una tendenziale parità di trattamento tra le vittime di danni "eguali", e parallelamente la maggiore certezza del diritto, che deriva dalla prevedibilità della somma liquidabile in un caso determinato.

In secondo luogo, sussiste l'esigenza di evitare non solo una tutela insufficiente, ma anche, all'opposto, un *surplus* punitivo. Questa esigenza deriva dal ruolo crescente, e ormai prevalente rispetto al ricorso alla tutela penale, che la riparazione del danno non patrimoniale ha assunto per reagire alle forme di aggressione ai beni personali, come la riservatezza e la reputazione, frequenti nella "società dell'informazione". L'attribuzione di modeste somme risarcitorie contrasterebbe sia con la giusta tutela della persona sia con la finalità anche deterrente della tutela; ma la liquidazione di somme estremamente elevate può produrre una plusvalenza di punizione, con il rischio di una eccessiva limitazione della libertà di informare e di criticare.

Alla responsabilità per danni verrebbe altrimenti assegnata una impropria funzione sanzionatoria¹⁹, in assenza delle garanzie che sul piano del procedimento, della tipizzazione normativa e dell'entità della sanzione circondano l'esercizio della funzione punitiva dello Stato. Nonostante le note differenze, non è fuor di luogo segnalare il parallelismo, sotto questo aspetto, con i danni punitivi negli Usa, dove la Corte suprema ha affermato (a partire da *BMW-Gore*, 20 maggio 1996) l'incostituzionalità, per contrasto con la garanzia del «due process of law», di danni punitivi «grossly excessive».

Perché il ragionamento non sembri astratto, basti ricordare la condanna in primo grado (Trib. Torino, 20 febbraio 2012) del giornalista Corrado Formigli al risarcimento di oltre 5 milioni di euro (bizzarramente calcolato, tra l'altro, moltiplicando la cifra media corrisposta in casi analoghi per il numero dei dipendenti della impresa attrice), per avere leso la reputazione della Fiat mettendo in dubbio le prestazioni di un suo modello durante una

¹⁹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 2485 s.

trasmissione televisiva. La sentenza è stata poi fortunatamente annullata dalla Corte d'appello di Torino (28 ottobre 2013), in nome dell'art. 21 Cost.

9. *L'esigenza di criteri uniformi e ragionevoli (e l'opinabile figura della «equità collettiva»)*

Tradizionalmente il punto di riferimento normativo usato dai giudici per fondare la quantificazione del risarcimento è stato l'art. 1226 (richiamato dall'art. 2056) in tema di «valutazione equitativa del danno».

Si sono già indicate le ragioni per le quali in realtà questa norma non è direttamente applicabile al danno non patrimoniale (sopra, § 5).

Nella consapevolezza del problema, la Cassazione nella sent. 12408/2011, capostipite dell'orientamento che ha indicato nelle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano il criterio da adottare per la liquidazione del danno biologico, ha ritenuto di elaborare, per giustificare questa scelta, una nuova nozione di equità. Questa, definita da una dottrina «equità collettiva»²⁰, costituirebbe un principio generale desumibile dall'insieme delle norme che all'equità fanno riferimento, e non solo o principalmente dall'art. 1226. Secondo la Cassazione, «il concetto di equità racchiude in sé due caratteristiche»: la prima è quella, come si insegna nei manuali, di “giustizia del caso singolo”, strumento di adattamento della legge al caso concreto; la seconda riguarderebbe «la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che i casi uguali non siano trattati in modo diseguale». L'equità costituirebbe pertanto, e non solo nella materia qui considerata, criterio attuativo dell'art. 3 Cost.: «equità, in definitiva, non vuol dire soltanto “regola del caso concreto”, ma anche “parità di trattamento”».

La sentenza premette a questo ragionamento una più che giustificata critica all'estrema varietà dei criteri di liquidazione del danno biologico da parte dei giudici di merito: una situazione che contrasta con il principio di eguaglianza, «lede la certezza del diritto, affida in larga misura al caso l'entità dell'aspettativa risarcitoria», ecc...

La sentenza è pienamente condivisibile sia per queste premesse critiche sia per la conclusione cui perviene. Il dubbio riguarda piuttosto l'opportunità e la necessità stessa di ricorrere, per giungervi, a una così radicale riformulazione del criterio dell'equità.²¹ Sarebbe stato a mio avviso sufficiente il

²⁰ PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, cit., p. 557.

²¹ Critica C. SGANGA, *Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra ius dicere*

richiamo, da un lato, al principio di eguaglianza, e, dall'altro, a quanto la sentenza afferma circa «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto nazionale», che sono «compiti affidati dall'ordinamento giudiziario alla Corte di Cassazione». Se si vuole usare l'ossimoro «equità collettiva» lo si faccia, anche se in realtà ciò che viene applicato è il principio costituzionale di eguaglianza. Occupandomi a suo tempo della materia, avevo in effetti segnalato «l'importanza del ruolo che il giudice di legittimità è chiamato a svolgere: quello cioè di operare in modo esplicito, incisivo e continuativo il controllo sull'esercizio del potere giudiziale di apprezzamento, e di formulare quindi parametri per la traduzione in denaro dei criteri di quantificazione del danno non patrimoniale, nelle diverse figure per le quali è prevista la risarcibilità. E ciò al fine di assicurare l'uniformità di applicazione della legge»²²

In ogni caso, conviene chiamare le cose con il proprio nome: l'argomentazione e le conclusioni della sentenza non hanno nulla a che vedere né con il preteso principio del risarcimento integrale, né con la tradizionale nozione di equità come giustizia del caso singolo. Si tratta dell'esercizio di un potere normativo che la Cassazione si è assunta, ritenendolo congruo e anzi imposto dalla sua funzione nomofilattica.

Ritengo piuttosto, in base alle considerazioni che ho svolto, che analogo metodo andrebbe seguito, *mutatis mutandis*, per gli altri tipi di danno non patrimoniale risarcibile. E neppure andrebbe esclusa, sul piano della politica del diritto, l'idea di una definizione legislativa dei parametri risarcitori per i diversi tipi di danno non patrimoniale, dal momento che le valutazioni della «società civile» alle quali tal volta si fa riferimento²³, andrebbero, nel nostro ordinamento, più propriamente affidate al legislatore che al giudice. E ciò comunque rispettando i principi costituzionali: e quindi, da un lato, assicurando uniformità di trattamento per danni «eguali», e, dall'altro, tutelando i diritti della persona oltre i confini di un «simulacro di risarcimento» (Cass. 7632/2003), ma non oltre le dimensioni nelle quali il risarcimento si trasformerebbe in una punizione «privata», ciò che lederebbe, come si è visto, altri principi costituzionali.

e ius dare, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pp. 1063 ss.

²² SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 287.

²³ SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 310, in base al rilievo che «alla radice di ogni valutazione in termini pecuniari sussiste sempre, per così dire, l'arbitrio della convenzione», considera decisivo «il punto di vista della mentalità corrente e della valutazione sociale». Di recente PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il "quantum" il vero problema del danno non patrimoniale*, cit., p. 138, ha scritto che la «società civile» non ha ancora «maturato una certezza nel valutare i beni costituzionalmente protetti diversi dalla salute».

*Responsabilità civile e Costituzione**

SOMMARIO: 1. Premesse. Principio solidaristico e principio personalistico nella responsabilità civile – I. *Interesse generale e imputazione della responsabilità* – 2. L'efficienza economica – 3. La giustizia correttiva – 4. L'educazione alla prevenzione – 5. Solidarietà e controllo sociale – II. *Tutela della persona e danno risarcibile* – 6. Il problema normativo – 7. Diritto generale della personalità e danno immateriale – 8. Costituzione e danno ingiusto – 9. Costituzione e danno non patrimoniale – 10. Danno alla salute, eguaglianza, solidarietà.

1. Premesse. Principio solidaristico e principio personalistico nella responsabilità civile

L'esigenza di ripensare i valori e i principi ai quali riferire la disciplina della responsabilità civile è fortemente sentita, nei tempi recenti, in gran parte delle esperienze giuridiche.

Si diffonde soprattutto la consapevolezza che il giudizio di responsabilità implichi nodi, che è possibile sciogliere solo alla luce di una valutazione preliminare e sovraordinata, che in una certa misura trascenda la considerazione meramente 'privatistica' della posizione delle parti. La dimensione dell'interesse 'generale' assume un peso estraneo ad altri istituti, incidendo sia sulle 'ragioni' della traslazione del danno dalla vittima al responsabile (problema dell'imputazione), che sulla valutazione comparativa degli interessi confliggenti dell'attore e del convenuto (problema del c.d. danno ingiusto). Giudizi, entrambi, da compiere senza che soccorra uno schema preesistente di regolazione del rapporto tra le parti, quale quello fornito invece dal contenuto dell'obbligazione nella responsabilità contrattuale¹.

La disciplina mediante clausole (o norme) generali è imposta quindi, a quanto sembra, dall'essenza stessa del giudizio; ma implica poi che un mutamento del modo di intendere l'interesse 'generale', che spiega e giustifica il funzionamento dell'istituto, può condurre – indipendentemente dall'intervento legislativo – a conseguenze operative più ampie ed incisive che in altri settori dei rapporti interprivati.

* Pubblicato in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 123-146.

¹ In tale differenza sembra risiedere il limite di fondo delle tendenze ad «unificare» i due tipi di responsabilità. Cfr., per quadri comparatistici del dibattito, T. WEIR, *Complex Liabilities*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 12, Tübingen et al., 1976, pp. 3 ss.; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pp. 32 ss.

Si intende dunque come l'orientamento, prevalente nella nostra cultura giuridica dell'ultimo ventennio, volto a riferire gli istituti fondamentali del diritto privato alla costituzione, abbia trovato nella responsabilità civile un terreno particolarmente fertile. Rimane poi naturalmente da sapere se in quel testo sia effettivamente possibile rinvenire risposte esaustive e univoche alle domande che gli si rivolgono.

D'altra parte, al dato costituzionale si è ricorso, da noi, per argomentare tendenze e soluzioni largamente diffuse – e per lo più senza quel supporto – nelle esperienze giuridiche contemporanee. Tali tendenze possono essere riassunte in due filoni di fondo. Anzitutto, la ridefinizione funzionale della responsabilità civile, da strumento per prevenire e sanzionare l'illecito, a tecnica essenzialmente riparatoria, finalizzata a consentire, con maggiore intensità e nel maggior numero dei casi, il risarcimento della vittima del danno. In secondo luogo, l'ampliamento del tipo di conflitti ricondotti nell'ambito operativo della figura; ed in particolare l'estensione della tutela risarcitoria dagli interessi di tipo proprietario a quelli variamente connessi alla persona umana.

Tendenze queste, si è detto, diffusesi nell'ultimo trentennio, con accenti diversi, in tutte le esperienze giuridiche, in una non causale sincronia con la piena affermazione del *Welfare State*. E comune ne è altresì, in linea di massima, la traduzione tecnica, che si esprime nel ripensamento di due elementi centrali del tradizionale modello di responsabilità: la colpa, svuotata di ogni connotazione etico-psicologica, e di cui si revoca comunque in dubbio il ruolo di criterio esclusivo o predominante per l'imputazione della responsabilità; e il danno, nozione i cui contorni divengono sempre più evanescenti, nell'alternativa tra la consueta preminenza del contenuto economico, e la crescente sottolineatura, invece, del profilo della lesione alla sfera giuridica della vittima.

Tendenze e tecniche che, come si è detto, nella nostra esperienza giuridica, a differenza che in altre, vengono esplicitamente fondate sul testo costituzionale. Il quale, anzitutto, offre – ed emblematicamente nel principio di solidarietà *ex art. 2* – il supporto alla individuazione nella sicurezza dei consociati dell'interesse 'generale' che giustifica e pervade il giudizio aquiliano. E, poi, avvalorata l'ampliamento dell'area della tutela, dai tradizionali interessi proprietari o paraproprietari, agli interessi della 'persona', visti nella loro intrinseca ed essenziale connotazione non patrimonialistica: ed il dato costituzionale è usato per delegittimare un sistema della responsabilità che non garantisca ai secondi una protezione almeno pari a quella assicurata ai primi.

Una verifica comparatistica – condizionata da esigenze di sintesi – può

utilmente concentrarsi², per il primo dei profili segnalati, su alcuni recenti orientamenti del dibattito statunitense in tema di funzioni della responsabilità, e sull'evoluzione normativa e culturale dei paesi socialisti³. Per il secondo aspetto, terreno privilegiato appare quelle delle tecniche apprestate dalla giurisprudenza della Germania federale, per assicurare una più piena tutela della personalità.

I. Interesse generale e imputazione della responsabilità

2. L'efficienza economica

L'idea che l'imputazione della responsabilità debba discendere da ragioni di tipo solidaristico, connesse con l'assunzione della sicurezza dei consociati ad interesse 'generale', è stata sottoposta a serrata critica, nell'ultimo decennio, da diversi settori della cultura giuridica statunitense.

Significativa è la metodologia adottata: che muove dalla ricerca dell'*ultimate rationale* delle categorie di *common law*⁴, per utilizzare il principio così rinvenuto – mediante un procedimento di «logica deduttiva»⁵ – sia per 'spiegare' le regole effettivamente applicate dai giudici, sia per proporre correzioni e razionalizzazioni. Prescrizione e descrizione si mescolano così in un intreccio non facilmente districabile: ma il cui segno è chiaramente improntato ad una concezione individualistica del diritto privato ed alla critica, neppure implicita, delle istituzioni del *Welfare State*.

² Rispetto allo sterminato campo che si apre a un'indagine comparatistica sulla responsabilità civile. Cfr., per gli sguardi d'insieme più interessanti ed aggiornati, i 14 volumi dell'*International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, *Torts*, 1971-1981; TUNC, *La responsabilité civile*, cit.; G. EÖRSI, *Comparative civil (private) law*, Budapest, 1979, pp. 337 ss.; F.H. LAWSON, B.S. MARKESINIS, *Tortious liability for unintentional harm in the Common law and the Civil law*, 2 vv., Cambridge, 1982. Sul problema del danno non patrimoniale si segnalano poi, ancorché non recenti, gli studi comparatistici di O. BRUSIIN, *Zum Problem des immateriellen Schadens*, Turku, 1966; e H. STOLL, *Empfiehlst sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Verhandlungen des 45. D. Juristentages*, Munich-Berlin, 1964, I, 1, pp. 1 ss.

³ I successivi §§ 2, 3 e 4 riprendono, in sintesi, temi più ampiamente svolti in C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 123 ss.

⁴ G.P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, in *Harv. L. Rev.*, 85 (1972), p. 538. Sulle tendenze neoconcettualistiche nel *tort law* v. G.E. WHITE, *Tort Law in America*, New York-Oxford, 1980, pp. 211 ss.

⁵ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 190.

Sotto questo aspetto – della depurazione cioè del giudizio di responsabilità da ogni connotazione ‘sociale’ – possono accomunarsi tanto le concezioni basate sull’analisi economica del diritto, quanto quelle che fondano l’istituto sull’idea-base della giustizia correttiva.

Nella versione più ortodossa della prima concezione⁶, l’efficienza economica assorbe ogni altro profilo funzionale: il risarcimento ha un senso se vi sia stata violazione del «concetto di giustizia come efficienza⁷; la responsabilità è fondata sulla colpevolezza, che implica però una «riprovazione morale» proprio in quanto (e solo se) si dimostri che esisteva, per l’agente, un’alternativa più economica al (costo dell’) incidente⁸.

Ma anche le versioni più sofisticate e complesse dell’analisi economica⁹, pur conducendo ad esiti differenti, ed anzi contrapposti, privilegiando l’imputazione a titolo oggettivo¹⁰, concordano con la prima nell’assegnare alla tecnica della responsabilità civile, quando ad essa sia opportuno ricorrere, la funzione peculiare ed esaustiva della c.d. deterrenza generale o di mercato. La considerazione dei valori non economici, dei fattori etici, della ‘giustizia’, appare piuttosto un limite, da tener presente per definire ciò che può essere fatto per ridurre i costi, che un elemento funzionalmente interno al giudizio di responsabilità¹¹.

È ben vero che un tale esito non è l’unico imposto dal ricorso all’argomento economico; ma quando la finalità equitativa viene collocata sullo stesso piano – e non più come limite – di quella deterrente¹², emerge con

⁶ Espressa soprattutto negli scritti di POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit.; ID., *A Theory of Negligence*, in *J. Legal St.*, I (1972), pp. 29 ss.; ID., *Strict Liability: A Comment*, *ivi*, 2 (1973), pp. 205 ss.; ID., *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.), London, 1981; W.M. LANDES, R. A. POSNER, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, in *Ga. L. Rev.*, 15 (1981), pp. 851 ss.

⁷ R.A. POSNER, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, in *J. Legal St.*, 10 (1981), p. 201.

⁸ POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 33.

⁹ Come nella prima fase della riflessione di G. CALABRESI, per la quale v. soprattutto *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, trad. ital., Milano, 1975.

¹⁰ Mediante l’individuazione del *cheapest cost avoider*, o, per usare la formulazione più recente, del soggetto che è nella migliore posizione per effettuare l’analisi costi-benefici tra i costi dell’incidente e quelli che consentano di evitarlo (G. CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, in *Yale L. J.*, 84 [1975], pp. 656 ss.).

¹¹ Cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 47 ss., 346 ss.

¹² Come negli scritti più recenti di G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, trad. ital., in *Pol. dir.*, 1978, pp. 665 ss.; ID., *Prefazione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, F. Pulletini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1982.

evidenza la portata non più cogente di quell'argomento, che si palesa uno dei fattori, e non il parametro esclusivo, della articolazione del giudizio di responsabilità.

Si riapre così per tale via, il problema della fondazione funzionale unitaria dell'istituto¹³; ma pur sempre all'interno di una dimensione che l'istanza solidaristica non è in grado di coprire integralmente. Il problema dell'imputazione si ripropone come passaggio cruciale del giudizio di responsabilità, nella ricerca di un difficile equilibrio tra indicazioni normative, eterogenee finalità di ordine 'generale', e peculiarità del caso concreto.

3. *La giustizia correttiva*

Ancora più radicali nell'escludere ogni rilevanza di finalità equitative e considerazioni redistributive nell'imputazione della responsabilità sono le dottrine che individuano il fondamento unitario dell'istituto nell'idea di «giustizia»¹⁴. Tale idea è intesa in un'accezione rigorosamente individualistica, che si ritiene di ricondurre alla concezione aristotelica, e che nega che in nome del «bene pubblico» (ancorché sussunto nel parametro dell'efficienza economica) possano legittimarsi incisioni nella sfera privata dei consociati.

Se è 'giusto' solo lo 'Stato minimo', compito del giudizio di responsabilità è esclusivamente di restaurare o mantenere l'equilibrio preesistente tra le parti coinvolte nel conflitto dannoso, tenendo conto solo della posizione giuridica di esse, prima e dopo l'intervento.

Quale che sia la concretizzazione del canone di giustizia – in termini di «reciprocità», in quanto criterio di commisurazione del rischio creato rispettivamente dalla vittima e dall'agente¹⁵; o in termini causali¹⁶ – quel canone vale ad escludere ogni valutazione della posizione delle parti alla luce di ragioni di interesse generale o di utilità pubblica.

La critica raggiunge per tale via non solo le tendenze più recenti (e tanto quelle solidaristico-distributive quanto quelle economicistiche), ma anche la risalente fondazione della responsabilità sulla colpa. Una valutazio-

¹³ Per il quale ci si permetta di rinviare a SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., part. pp. 129 ss, 162 ss.

¹⁴ Cfr. soprattutto FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit.; R.A. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability. Toward a Reformulation of Tort Law*, San Francisco, 1980.

¹⁵ FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit.

¹⁶ EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability. Toward a Reformulation of Tort Law*, cit.

ne del comportamento in termini di 'ragionevolezza' è considerata infatti espressione di una razionalizzazione (risalente al secolo scorso) di argomenti di *policy*; e, come tale, è contestata in radice.

Rimane però da individuare un criterio di imputazione operativo, ancorato alle regole di *common law*, e depurato da ogni elemento estraneo alla posizione giuridica delle parti. Compito improbo, che né il principio di reciprocità, né i paradigmi della causalità giuridica sembrano in grado di svolgere adeguatamente¹⁷.

In definitiva, comunque, dalle dottrine considerate è proprio la logica solidaristica dell'imputazione della responsabilità ad essere posta in discussione. Nella prospettiva dell'analisi economica, quella logica deve cedere, in tutto o in parte, ad un ripristino del corretto funzionamento delle regole di mercato; nell'ottica della 'giustizia correttiva', ed in modo poi non troppo differente, si ripropone l'antica idea che la responsabilità abbia esclusivamente la funzione di ricostituire un equilibrio turbato, nel rispetto del principio per cui ciascuno «è libero di comportarsi come vuole, e non è tenuto a prendere in considerazione il benessere altrui»¹⁸.

4. L'educazione alla prevenzione

La fondazione del giudizio di responsabilità su un principio unitario di 'interesse generale' ha storicamente caratterizzato la teoria aquiliana nei paesi socialisti¹⁹. La responsabilità civile è considerata infatti come un ramo speciale della responsabilità giuridica, che svolge quindi la funzione assegnata in generale a questa, di educare i consociati alla prevenzione dei comportamenti antisociali. A tale funzione educativo – preventiva è subordinata quella specifica di riparare il danno²⁰.

¹⁷ Cfr. infatti le critiche di POSNER, *The Concept of Corrective Justice*, cit., pp. 191 ss.

¹⁸ Così R.A. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, in *J. Legal St.*, 2 (1973), p. 204.

¹⁹ Per un più ampio esame, e riferimenti normativi e bibliografici, sia consentito il rinvio a SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pp. 148 ss.

²⁰ Cfr. G. BLEY, *Über rechtliche Schadenszufügung und die ausservertragliche zivilrechtliche Verantwortlichkeit*, in *Probleme des sozialistischen Zivilrechts*, Berlin, 1963, pp. 231 ss.; V. KNAPP, *Quelques problèmes relatifs à la protection légale prévue par le Code civil*, in *Bull. dr. Tchecosl.*, 1964, pp. 42 ss.; T. IONASCO, in B.T. BLAGOJEVIC et al., *Introduction aux droits socialistes*, Budapest, 1971, pp. 458 ss.; M. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, Berlin, 1977, pp. 11 ss.; G. EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hung.*, 20 (1978), pp. 24 ss.

Si intende come a tale impostazione sia congruo il primato della colpa (e sia coerente l'ostilità per l'assicurazione individuale). Il principio della responsabilità oggettiva di impresa è criticato, in quanto funzionale agli interessi della grande impresa oligopolistica, traducendosi in concreto nella scomparsa della 'responsabilità', sostituita da una ripartizione del rischio sull'intera collettività²¹. Una responsabilità per colpa tanto dell'impresa, quanto del singolo lavoratore autore del danno, garantirebbe l'efficacia educativa e preventiva dell'istituto nei confronti di entrambi; mentre il sistema di sicurezza sociale, da un lato, assicura il ristoro dei danni personali dei consociati, dall'altro, attraverso il diritto di rivalsa nei confronti dell'impresa 'colpevole', non dovrebbe incidere su quell'efficacia²².

In effetti, la formulazione della clausola di responsabilità in termini di presunzione relativa di colpa – che trae origine da una peculiare vicenda legislativa della Russia sovietica²³ – è divenuta generale nei paesi socialisti, ed è stata recepita anche dalle più recenti codificazioni.

Che il primato della colpa tenda ad essere più un principio ideologico che una realtà normativa, tuttavia, è opinione che si va diffondendo nei più attenti studiosi di quell'area. E ciò non solo per i dubbi sull'effettivo rapporto tra la funzione educativo - preventiva e la nozione 'oggettiva' di colpa, concretamente accolta anche in quegli ordinamenti²⁴, ma altresì per l'esistenza e la crescente importanza di forme di responsabilità 'aggravata' per i danni causati da attività imprenditoriali pericolose²⁵.

La difesa della concezione tradizionale, sulla base del carattere 'eccezionale' di tali fattispecie, ha incontrato le stesse, ben note, obiezioni sollevate nel nostro dibattito; così come le tesi che le interpretano come figure riparatrici non riconducibili alla 'responsabilità' in senso proprio²⁶.

²¹ G. EÖRSI, *Versuch zum Entwurf eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Verantwortung*, in *Annales Un. Sc. Budapest*, 1959, I, pp. 91 ss.

²² Cfr. IONASCO, in BLAGOJEVIC et al., *Introduction aux droits socialistes*, cit., pp. 473 ss.; G. EÖRSI, *Correlation between Liability and Insurance*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hung.*, 12 (1970), pp. 95 ss.; R. SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1981, pp. 831 s.

²³ Per la quale v. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., p.151.

²⁴ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 ss.; SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 824.

²⁵ Cfr. §§ 334 e 343 ss. c.c. RDT; art. 454 c.c. russo, 432 c.c. cecoslovacco, 345 c.c. ungherese, 435 c.c. polacco, 155 e 174 l. jugoslava sulle obbligazioni.

²⁶ V., in proposito, variamente G. EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, pp. 743 s.; IONASCO, in BLAGOJEVIC et al., *Introduction aux droits socialistes*, cit., pp. 462, 471 s.;

Emerge pertanto, negli studiosi più avvertiti²⁷, una linea ricostruttiva che tende a recuperare in parte la concezione tradizionale, introducendo però significativi aggiornamenti, che in larga misura ne mutano il segno. La via seguita muove da una svalutazione della differenza tra l'ordinaria responsabilità per colpa e la responsabilità 'aggravata' per attività pericolose. Si afferma infatti che la prova liberatoria, ammessa nella seconda ipotesi, attiene, e sia pure in modo peculiare, pur sempre al comportamento esigibile nella situazione concreta. La peculiarità della fattispecie non è revocata in dubbio, sia per l'oggetto specifico della prova liberatoria, sia soprattutto perché il criterio ordinario della colpa è più elastico, consentendo al giudice una libertà di valutazione molto più estesa. Ma proprio l'elasticità del criterio della colpa si traduce in concreto in una scala molto ampia di apprezzamento del comportamento dannoso, della quale la responsabilità c.d. oggettiva costituisce appunto il gradino finale e più rigoroso, senza però che si possa riscontrare una vera cesura. La differenza tra le due fattispecie di imputazione non è quindi negata, ma è considerata sistematicamente di scarso rilievo, in quanto inidonea a delineare una ricostruzione bipolare dell'istituto²⁸.

D'altra parte, le tendenze – presenti anche in quegli ordinamenti – ad ampliare il novero degli interessi protetti aquilianamente, nonché ad ammettere in maniera più estesa forme di tutela civile differenti dal risarcimento del danno²⁹, portano a dubitare del fatto che la finalità 'preventiva' del diritto civile possa esaurirsi nel binomio – caratteristico degli ordinamenti socialisti – costituito dal dovere generale di prevenire il danno³⁰ (che appare invero più una giustificazione ideologica delle regole di responsabilità, che una situazione dotata di autonomia tecnico-operativa)³¹, e dal criterio della colpa come fondamento della responsabilità.

L'aggiornamento³² della concezione tradizionale si traduce nel ricorso

E. SPITZ, *Probleme zivilrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *Staat und Recht*, 1979, pp. 228 ss.; SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 824.

²⁷ E soprattutto nelle opere citate di Eörsi.

²⁸ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 ss.

²⁹ Per entrambi gli aspetti, normativa e bibliografia in SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pp. 156 ss.

³⁰ Cfr. artt. 415 e 416 c.c. cecoslovacco; 72 l. sui fondamenti della legislazione civile dell'URSS; 438 c.c. polacco; e i §§ 323-325 c.c. RDT.

³¹ V. però il diritto di chi agisca allo scopo di prevenire o diminuire i danni al rimborso delle spese ed al risarcimento per gli svantaggi sofferti (§ 326 c.c. RDT; artt. 419 c.c. cecoslovacco e 439 c.c. polacco).

³² EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 37 ss., anche per quanto segue.

ad una nozione di *Vorwerfbarkeit*, idonea a ricomprendere anche i criteri di imputazione differenti dalla colpa. Ma tale soluzione è piena di implicazioni ulteriori. Per essa, infatti, il compito di educazione-prevenzione diviene il limite, e non più la funzione unificante delle regole di responsabilità; e si deve così ammettere che l'istituto è segnato sin dall'origine dalla contraddizione tra il punto di vista dell'educazione e della prevenzione e l'essenziale funzione riparatoria. D'altra parte, il sistema unitario, derivante dal rifiuto del bipolarismo colpa-responsabilità oggettiva, è comunque differenziato al suo interno, a seconda dell'estensione che in concreto è assegnata alla responsabilità nelle diverse ipotesi, sulla base delle esigenze sociali.

5. *Solidarietà e controllo sociale*

Come si è visto, l' 'interesse generale' che giustifica la traslazione del danno dalla vittima al responsabile può essere inteso in modi molto diversi, e può condurre tanto ad una riaffermazione in termini nuovi del ruolo centrale della colpa, quanto ad una razionalizzazione delle tendenze all'ampliamento dell'ambito operativo della c.d. responsabilità oggettiva.

Nell'esperienza italiana, come si è accennato, la seconda soluzione è stata spesso avvalorata dall'argomento costituzionale, in una duplice prospettiva. Anzitutto, nel principio di solidarietà si è vista³³ la chiave di volta dello spostamento di attenzione dal danneggiante alla vittima, fondandosi così l'estensione delle ipotesi nelle quali il danno deve essere risarcito, indipendentemente dalla valutazione della condotta del responsabile. In secondo luogo, dalla disciplina costituzionale dei rapporti economici si è dedotto un canone, che subordina la legittimazione delle attività imprenditoriali alla riconduzione dell'insieme dei danni da esse prodotti all'interno dei costi d'impresa³⁴.

Il ridimensionamento del criterio della colpa – da elemento tipicamente costitutivo della fattispecie di responsabilità, ad una, delle molteplici

³³ Soprattutto da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; e, di recente, da C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

³⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecniche privatistiche e controllo sociale*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, pp. 205 ss.; ID., *Introduzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori. Atti del convegno*, Milano, 1978, pp. 12 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, pp. 289 ss.; M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e costo «sociale» dei sistemi di risarcimento*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Genova*, 1974, pp. 368 ss.

ragioni dell'imputazione, formalmente parificata alle altre – ha costituito in un primo tempo³⁵ lo strumento tecnico e concettuale per la soddisfazione di quelle istanze.

Successivamente, ma nella stessa ottica di fondo, si è affermata la vigenza di un principio generale di responsabilità oggettiva per i danni cagionati dall'impresa nel processo produttivo. Non agevolmente argomentabile in base alla normativa del codice³⁶, la soluzione è stata fondata, appunto, sul principio costituzionale di solidarietà. La ricostruzione più compiuta³⁷ considera tale principio idoneo a colmare quella che è apparsa una lacuna normativa, sia mediante l'applicazione analogica dell'art. 2049 c.c., sia – quando ciò non risulti possibile – mediante la diretta applicazione giudiziale dell'art. 2 cost., che consentirebbe di rendere l'impresa oggettivamente responsabile dei danni da essa causati.

Emerge qui con tutta evidenza un nodo di fondo del tema della responsabilità civile, attinente ai rapporti tra dato testuale ed interpretazione adeguatrice. Certamente, la regolazione per clausole (o norme) generali consente ampi margini di intervento all'interprete. Se si ammette però che un principio generale di responsabilità oggettiva è estraneo al sistema del codice³⁸, è molto dubbio che se ne possa desumere una lacuna ai sensi dell'art. 12 disp. prel., giacché il giudizio di responsabilità è costruito in maniera tale, che l'inoperatività nella fattispecie concreta di uno dei criteri positivi di imputazione implica la valutazione normativa che quel danno debba rimanere a carico di chi lo ha subito.

D'altra parte, è poi dubbio che il principio di solidarietà esprima di per sé un contenuto normativo sufficientemente preciso, da consentirne al giudice l'applicazione diretta al fine dell'imputazione della responsabilità. Anche perché ci si può poi domandare se veramente la solidarietà per le vittime dei danni debba sempre tradursi nell'estensione dell'area operativa della responsabilità civile³⁹. Non necessariamente, infatti, la finalità riparatoria appare coerente con il valore sociale che ne è alla base, e cioè

³⁵ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 127 ss.

³⁶ Per la soluzione positiva (senza il ricorso all'argomento costituzionale) v. già P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1965. Insormontabili sembrano però le obiezioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Studi A. Graziano*, V, Napoli, 1968, pp. 1793 ss.

³⁷ CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., part. pp. 158 ss., 774 ss.

³⁸ V. sopra, n. 36. e cfr. del resto anche RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 175 ss.; CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 579 ss.

³⁹ In proposito v. anche oltre, § 10.

la protezione dei consociati dalle incrementate occasioni di danno nelle società contemporanee⁴⁰. Emerge altresì il profilo della protezione dello stesso autore del danno rispetto ad una responsabilità eccessivamente estesa⁴¹; sicché la stessa esigenza solidaristica, in un rapporto che è pur sempre interpretato, sembra assumere una dimensione bivalente.

Va poi ricordato che dal testo costituzionale si sono tratti argomenti favorevoli piuttosto ad una rinnovata attenzione per il criterio della colpa⁴²; e si sono sottolineati, da un lato, i principi costituzionali degli artt. 23 e 24⁴³; dall'altro, l'idoneità di quel criterio a fungere da strumento di più penetrante controllo sociale sulle attività produttive⁴⁴.

Senza entrare nel merito di tali argomenti, si può comunque esprimere qualche perplessità sull'idea che una valutazione complessa, come quella dell'imputazione della responsabilità, possa essere concretamente affidata alla discrezionalità piena del giudice; tanto più che, se la si fonda sull'istanza solidaristica, tale discrezionalità dovrebbe tener conto degli aspetti attinenti alla possibilità di compensare il danno con strumenti diversi dal giudizio di responsabilità, sul versante della vittima, e di assicurarla, su quello del responsabile.

Ci si può allora domandare – una volta acquisito il principio⁴⁵, di grande portata, della molteplicità dei criteri di imputazione, formalmente parificati – se la costituzione abbia poi veramente altro da dire; e se il regime dell'imputazione della responsabilità non sia invece rimesso alla discrezionalità del legislatore ordinario⁴⁶ (restando se mai, garantita la 'razionalità' della scelta di questi, alla luce delle implicazioni che la giurisprudenza costituzionale ha tratto dal principio di eguaglianza)⁴⁷.

⁴⁰ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 16 ss.; ma il rilievo è diffuso.

⁴¹ Cfr. ad es. P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, pp. 89 ss.; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 51 ss.

⁴² E.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 48 ss.

⁴³ U. SALVESTRONI, *Gli orientamenti della dottrina sulla responsabilità del produttore*, in *Giur. mer.*, 1977, IV, pp. 997, con riferimento all'art. 24 cost.; P. FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1395, con riferimento all'art. 23.

⁴⁴ G. GHIDINI, *L'illecito dell'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia. L'impresa*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, pp. 441 ss.

⁴⁵ V. sopra, n. 35. Ad analoga soluzione, senza ricorrere all'argomento costituzionale, perviene R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, pp. 639 ss.

⁴⁶ Come suggerisce F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, pp. 53.

⁴⁷ Per un esempio di un controllo del genere v. le due decisioni della Corte costituzionale

II. Tutela della persona e danno risarcibile

6. Il problema normativo

Il secondo asse portante della riflessione della civilistica italiana nell'ultimo ventennio risiede nell'idea che il sistema della responsabilità civile debba e possa svolgere una funzione di protezione integrale della sfera personale, accanto – ed oltre – la tradizionale funzione di reintegrazione delle perdite economiche. Ed è anzi questa la direzione nella quale risultati più incisivi – anche se ancora tutt'altro che consolidati – si sono conseguiti nell'applicazione giudiziale.

La traduzione tecnica di quell'idea implicava (ed implica) una duplice operazione innovativa, la prima più agevole, e già sostanzialmente acquisita, la seconda più complessa, e tuttora in discussione. Anzitutto, occorre rivedere il c.d. principio di tipicità, espresso nella consueta identificazione del danno risarcibile con la lesione del diritto soggettivo assoluto, e nel carattere di norma 'secondaria' assegnato all'art. 2043 c.c. Inoltre, andava superata la tradizionale interpretazione dell'art. 2059, che consente, in sostanza, il risarcimento del danno non patrimoniale solo se cagionato da un reato. Ad entrambi i fini è apparso utile, o decisivo, il ricorso all'argomento costituzionale.

Particolarmente fruttuoso appare il raffronto della vicenda nazionale con l'esperienza della Germania federale, per la somiglianza (anche se non identità) tanto del problema normativo, quanto della fondazione costituzionale nell'argomentazione di giurisprudenza e dottrina.

Com'è noto, il sistema normativo tedesco è accomunato al nostro sia per la riserva di determinazione legislativa delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale (§ 253 BGB), sia per il carattere rigido, ed improntato a valori personalistici, della carta fondamentale. Un ulteriore elemento comune deriva, al di là della differenza testuale, dall'interpretazione tipizzante data dalla nostra giurisprudenza, fino a tempi recenti, alla clausola dell'ingiustizia del danno, che l'avvicinava sostanzialmente al principio di tipicità posto (peraltro non rigorosamente) dal § 823.I BGB.

La differenza più notevole, ai fini qui considerati, sembra risiedere non tanto dalla diversa formulazione del § 823 BGB rispetto all'art. 2043 c.c.; e neppure nel dettato dell'art. 2 GG, più marcatamente precettivo nei

(la prima di accoglimento, la seconda di rigetto) in ordine al criterio posto dall'art. 2054 c.c. (Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 205, in *Giur. it.* 1973, I, 1, c. 708; e Corte cost. 28 aprile 1976, n. 93, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1151). V. altresì, sul 3° c. della stessa norma, Corte cost., 17 dicembre 1981, n. 192, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 367.

rapporti interpersonali dell'art. 2 cost.; quanto nel criterio per la tipizzazione dei danni non patrimoniali risarcibili, che il § 847 BGB pone con riferimento alla qualità del bene leso (vita, salute, libertà), anziché del fatto lesivo (come *ex art.* 185 c.p.).

Comune è però il doppio problema da risolvere, come si è detto, per consentire alla responsabilità civile di svolgere l'auspicata funzione protettiva della sfera personale: anzitutto, la riconduzione di interessi personali, differenti da quelli normativamente tipizzati, nell'area del danno 'ingiusto'; in secondo luogo, il superamento del principio di tipicità dei danni non patrimoniali risarcibili.

7. *Diritto generale della personalità e danno immateriale*

La giurisprudenza del *Reichsgericht*⁴⁸ aveva affrontato il primo problema alla luce del § 823.II BGB, e dunque riconoscendo la tutela risarcitoria degli interessi personali specificamente protetti da leggi speciali (in particolare, sul diritto d'autore). Una soluzione, dunque, necessariamente circoscritta a tipici 'diritti' della personalità, ancorché ulteriori a quelli menzionati dal § 823.I.

Nel secondo dopoguerra, una soluzione più estensiva e soddisfacente viene raggiunta dalla giurisprudenza configurando un 'diritto generale della personalità' come diritto fondamentale, garantito *ex artt.* 1 e 2 GG, e da ricomprendere tra gli «altri diritti» suscettibili di protezione aquiliana, di cui al § 823.I BGB⁴⁹.

Il passaggio successivo è compiuto includendo il 'diritto generale della personalità' tra quelli protetti mediante il risarcimento del danno non patrimoniale, *ex* § 846 BGB. L'argomento usato è quello che potremmo chiamare della 'effettività della tutela': «una protezione della 'libertà interiore' senza un diritto alla compensazione per i danni immateriali sarebbe in gran parte illusoria»; né «vi è alcuna evidente ragione per cui il § 847 BGB non dovrebbe essere esteso per analogia» alla lesione del diritto generale della personalità⁵⁰. Altrimenti si rinuncerebbe «al più forte e spesso unico

⁴⁸ Cfr. E. VON CAEMMERER, *Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht*, in *Festschrift F. von Hippel*, Tübingen, 1967, pp. 27 ss.

⁴⁹ BGHZ 13, 334 (25 maggio 1954). Cfr. K. LARENZ, *Das «allgemeine Persönlichkeitsrecht» im Recht der unerlaubten Handlungen*, in *NJW*, 1955, pp. 521 ss.

⁵⁰ BGHZ 26, 349 (14 febbraio 1958). Cfr. H. COING, *Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, in *JZ*, 1958, pp. 558 ss.

strumento per assicurare il rispetto della sfera personale dell'individuo»⁵¹.

L'attenta giurisprudenza tedesca è però consapevole che la tutela degli interessi personali differenti da quelli espressamente previsti dal § 847 non può essere incondizionata, giacché occorre tener conto altresì del tipo di interesse perseguito dall'agente, che può assumere anch'esso rilievo costituzionale (il problema si è posto soprattutto con riferimento alla libertà di espressione del pensiero).

Per la comparazione degli interessi confliggenti, che si rende dunque necessaria, è difficile fissare regole precise. A tal fine, la giurisprudenza introduce l'importante precisazione che il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione del 'diritto generale della personalità' è ammesso solo quando il fatto lesivo rivesta una particolare gravità⁵² (con un criterio simile a quello espressamente posto dall'art. 49 cod. obbl. svizzero)⁵³.

L'estensione della tutela aquiliana della sfera personale è stata dunque conseguita mediante l'equilibrata elaborazione della giurisprudenza ordinaria. Né è mancato il vaglio del giudizio di costituzionalità; solo che, all'opposto che da noi, la questione è stata prospettata nel senso del contrasto con i valori personalistici della legge fondamentale non del restrittivo dato del BGB ma della interpretazione estensiva prospettata, come si è visto, dalla giurisprudenza. La risposta è stata però negativa: quell'interpretazione è stata ritenuta «compatibile» con il GG, rispetto all'idea di una surrettizia «commercializzazione» dell'onore⁵⁴.

In definitiva, dall'esperienza tedesca emergono due indicazioni di particolare interesse⁵⁵. In primo luogo, dai principi costituzionali si è dedotta

⁵¹ BGHZ 35, 363 (19 settembre 1961). Cfr. H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Münster, 1967, pp. 349 ss.; G. WIESE, *Der Ersatz des immateriellen Schadens*, Köln, 1964, pp. 37 ss.

⁵² V. n. precedente. I principi così posti sono rimasti sostanzialmente fermi fino alla giurisprudenza più recente: v. l'ampia rassegna di U. LEMCKE-SCHMALZL, M. SCHMALZL, *Tendenzen und Entwicklungen in der neueren Schmerzensgeldrechtsprechung*, in MDR, 1982, part. pp. 619 s.

⁵³ Sul quale cfr. P. TERCIER, *Contribution à l'étude du tort morale et de sa réparation en droit civil suisse*, Fribourg, 1971, pp. 191 ss.

⁵⁴ BVerfGE 34, 269 (14 febbraio 1973).

⁵⁵ Nel «parere» per la riforma dello *Schuldrecht* si propone di «legalizzare» la giurisprudenza ricordata nel testo, e di estendere il risarcimento del danno immateriale, oltre che alla responsabilità per colpa, alla responsabilità da pericolo e a quella contrattuale [G. HOHLOCK, *Allgemeines Schadensrecht. Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrecht?*, in BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (a cura del), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln, 1981, I, pp. 392 ss.]. V. però i rilievi, fortemente critici sull'estensione della tutela, di J. STRÖFER, *Reform des immateriellen*

non un'indicazione nel senso della generale risarcibilità del danno non patrimoniale (secondo il modello francese)⁵⁶; ma un accorto ampliamento delle ipotesi tipicamente previste, tenendo conto delle controverse implicazioni della materia, e condizionando comunque la tutela alla qualità particolarmente lesiva della condotta antiggiuridica.

In secondo luogo, viene tenuta ferma la distinzione tra le due figure di responsabilità, a seconda che riguardino danni patrimoniali o non patrimoniali⁵⁷. E ciò non tanto per ragioni di disciplina, quanto per la consapevolezza della sostanziale diversità tra le due ipotesi: trattandosi, nel primo caso, di garantire alla vittima l'equivalente della perdita economica subita: nel secondo, di assicurarle una 'soddisfazione' (*Genugtuung*) per la lesione dell'interesse protetto⁵⁸.

8. Costituzione e danno ingiusto

Nella nostra esperienza, la rilevanza dei principi costituzionali ai fini della risarcibilità del danno è stata assunta in una dimensione più ampia: non limitata alla individuazione degli interessi costituzionalmente protetti, per ricondurli nella regola della tipicità; ma estesa alla revisione complessiva dei parametri per la qualificazione di 'ingiustizia' del danno.

Dapprima, al principio costituzionale di solidarietà è assegnata la funzione di consentire il superamento della tradizionale identificazione del danno, suscettibile di tutela aquiliana, con la lesione del diritto assoluto. Il criterio della solidarietà consentirebbe infatti di rendere concretamente apprezzabile, ai fini della qualificazione di ingiustizia del danno, la rilevanza di «situazioni giuridiche» anche differenti dal diritto assoluto⁵⁹. Il sistema così delineato, tuttavia, è ancora interno alle concezioni c.d. tipiche: il principio di solidarietà, infatti, non è considerato di per sé idoneo a fondare la tutela extracontrattuale di interessi che non siano già protetti da un'«altra»

Schadensersatzes nach dem BGB?, in JZ, 1982, part. pp. 669 ss.

⁵⁶ Per il quale v. oltre, n. 74.

⁵⁷ Mentre il dibattito concerne in particolare la definizione del requisito della «patrimonialità», con riferimento alla tematica del c.d. «danno normativo» (per la quale v. il quadro d'insieme di D. MEDICUS, *Normativer Schaden*, in *Jur. Schulung*, 1979, pp. 233 ss.).

⁵⁸ In proposito v. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, cit., pp. 149 ss.; e cfr. B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, Frankfurt, 1961, pp. 100 ss.

⁵⁹ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 107 ss.

norma giuridica, e sia pure secondo modalità irriducibili allo schema del diritto soggettivo.

L'esplicita adozione, da un consistente orientamento dottrinale, di un modello c.d. atipico (che affidi all'interprete il compito di accertare caso per caso la rilevanza dell'interesse della vittima, idonea ad attivare il meccanismo della tutela) implica invece un uso più pervasivo del dato costituzionale.

In verità, anche lungo questa strada, vi è chi si muove prescindendo da quel dato. In particolare, si è elaborato⁶⁰ un sistema di valutazione comparativa degli interessi confliggenti, che, pur fondandosi su un «criterio dell'utilità pubblica», adotta parametri prevalentemente attinenti al funzionamento ottimale del sistema economico, e largamente indifferenti alle indicazioni della carta fondamentale.

Da altri settori, invece, si ritiene che solo quelle indicazioni possano fondare il procedimento valutativo dell'interprete. Così, un'indagine espressamente dedicata al problema dell'atipicità dell'illecito⁶¹ si conclude con la formulazione di un complesso di regole che consentano, nella selezione dei danni risarcibili, di concretizzare il «criterio dell'utilità pubblica» attraverso i valori costituzionali. E dunque gli interessi costituzionalmente garantiti prevarranno su quelli sforniti di tale protezione; mentre, tra più interessi egualmente rilevanti, quelli connessi ai valori della persona prevarranno sui rimanenti. Quando infine tale gerarchia non possa operare, sarà ancora la costituzione a offrire la via d'uscita, giacché l'interprete dovrà ricorrere al parametro di 'ragionevolezza' elaborato dalla corte costituzionale sulla base del principio di eguaglianza.

Un'altra – anche se non incompatibile con la precedente – direttrice di indagine dalla costituzione desume non tanto i parametri generali per la qualificazione di ingiustizia, quanto la rilevanza di interessi e beni, la lesione dei quali integri con certezza i presupposti della tutela. Il principio della c.d. tipicità è, per tale via, non abbandonato, ma anzi valorizzato, ancorché in una direzione diversa da quella tradizionale (individuandosi la sede principale delle c.d. norme primarie nella costituzione, anziché nella disciplina attributiva di diritti assoluti)⁶².

Può osservarsi, a questo proposito che la costituzione non sembra approntare, quanto meno in via esplicita, una tutela immediata di interessi differenti da quelli tradizionalmente ricondotti nell'area della tutela acqui-

⁶⁰ P. TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, pp. 97 ss.

⁶¹ G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, pp. 245 ss.

⁶² CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 133 ss.

liana (con l'unica sicura eccezione dell'iniziativa economica di cui all'art. 41, quando si espliciti in forme differenti dall'esercizio di un diritto reale)⁶³. Si pensi al c.d. diritto alla salute, già protetto in via risarcitoria sotto il nome di integrità fisica⁶⁴.

Il dibattito in materia può quindi essere riformulato intorno a due ulteriori quesiti. È possibile desumere dalla costituzione la rilevanza di interessi idonei a fondare la tutela aquiliana, differenti da quelli tradizionalmente ricondotti nell'area del danno ingiusto? La rilevanza costituzionale di un interesse, ancorché già tradizionalmente protetto *ex art.* 2043, determina in qualche modo un 'rafforzamento', rispetto alla ordinaria protezione aquiliana?

Quanto al primo punto, l'interesse della dottrina si è concentrato sui «diritti della persona», attraverso il riferimento all'art. 2 cost. Si sono enucleati così nuovi interessi meritevoli di protezione, talvolta riconducibili allo schema tradizionale dei c.d. diritti della personalità (si pensi alla discussione sulla c.d. identità personale)⁶⁵; altre volte, invece, largamente eterogenei rispetto a quello (come in materia di ambiente)⁶⁶. Tutt'altro che semplice si è però rivelato il passaggio dalle enunciazioni di principio (o, sul versante giurisprudenziale, dall'ambito dei provvedimenti d'urgenza) alla concreta definizione della tutela da accordare a tali interessi *ex art.* 2043 ss.

Il problema che a questo punto si pone non concerne però più l'ingiustizia, ma la patrimonialità del danno, a fronte della regola restrittiva dell'art. 2059 c.c.

E si intende dunque come più agevolmente l'argomento costituzionale possa operare quando si tratti di estendere la tutela aquiliana non già a interessi o situazioni della persona, ma ad interessi economici non formalizzati in diritti reali. Come già si è accennato, infatti, la formulazione dell'art. 41 cost. consente di ricondurre alla clausola dell'ingiustizia ogni lesione «infer-

⁶³ V. oltre, n. 68.

⁶⁴ Per tale rilievo v. G. SCALFI, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, pp. 466 ss.

⁶⁵ Cfr., anche per bibliografia e giurisprudenza, A. GAMBARO, *Diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, pp. 519 ss.; M. DOGLIOTTI, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 657 ss.; G. GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, pp. 810 ss.; M. NIRO, *Vicende giurisprudenziali del diritto all'identità personale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 665 ss.

⁶⁶ Cfr. variamente S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, pp. 16 ss.; A. LENER, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Foro it.*, 1980, V, cc. 105 ss.; C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, cc. 868 ss.; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Padova, 1982, pp. 69 ss.

ta al diritto all'integrità del proprio patrimonio»⁶⁷. A differenza delle ipotesi precedenti, dunque, qui il cerchio è già chiuso, dal momento che non potrà certo discutersi della 'patrimonialità' del danno (salvo, naturalmente, l'accertamento, secondo le regole ordinarie, dei caratteri dell'immediatezza e dell'effettività).

Né può escludersi che dai principi costituzionali possa trarsi argomento per una più intensa tutela risarcitoria dei medesimi interessi proprietari. La Corte costituzionale⁶⁸ ha accortamente utilizzato la non felice formulazione dell'ordinanza di remissione, per non pronunciarsi sul fermo orientamento giurisprudenziale che esclude l'ingiustizia dei danni prodotti dall'illegittima lesione, da parte della pubblica amministrazione, dell'interesse del proprietario a edificare. Mentre le norme costituzionali invocate per sollevare la questione (artt. 42, 24 e 3) possono probabilmente giustificare – senza che si debba attendere un giudizio di costituzionalità, del quale oltre tutto non è facile individuare l'oggetto normativo – la revisione della regola giurisprudenziale che afferma la irrisarcibilità del danno cagionato al proprietario dall'illegittimo diniego della concessione edilizia⁶⁹.

9. Costituzione e danno non patrimoniale

L'ostacolo che nella regola restrittiva dell'art. 2059 c.c. è stato visto, rispetto all'idea di una funzione integralmente protettiva della sfera personale svolta dalla tecnica della responsabilità civile, ha indotto a prospettare l'illegittimità costituzionale di quella norma (v. § seg.), ma anche a proporre una interpretazione differente rispetto a quella tradizionale.

Tale obiettivo è stato perseguito attraverso itinerari differenti. Lungo un primo percorso, riprendendo un'acuta dottrina⁷⁰, si è proposta⁷¹ la

⁶⁷ Così, con esplicito richiamo all'art. 41 cost., Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*.

⁶⁸ Corte cost., 25 marzo 1980, n. 35, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 261. La questione era stata sollevata con riferimento alla legislazione urbanistica. Con riferimento invece all'art. 2043 c.c., è stata dichiarata manifestamente infondata da Cass., 1° ottobre 1982, n. 5030, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2916.

⁶⁹ Sia consentito rinviare in proposito a C. SALVI, *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 221 ss.

⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 277 ss.

⁷¹ Dal filone (dapprima soprattutto giurisprudenziale) che ha prospettato la rilevanza del

revisione del significato da assegnare al termine 'danno non patrimoniale'. A tale nozione andrebbe ricondotto non ogni danno privo del connotato della patrimonialità, ma solo il c.d. danno morale in senso stretto, o danno morale-soggettivo: dolore, perturbamento d'animo, ecc. Di conseguenza, il danno risarcibile in via generale, *ex artt.* 2043 ss. c.c., non sarebbe il danno 'patrimoniale', ma il danno *tout-court*, identificato nella lesione dell'interesse o ben protetto.

Solo in parte simile è l'indirizzo⁷² che suggerisce invece di ridefinire il connotato della 'patrimonialità', da intendere non già come differenza negativa nel patrimonio della vittima, bensì come idoneità del bene leso ad essere valutato in danaro.

Da entrambe le prospettive, i risultati più significativi sembrano raggiunti con riferimento a un obiettivo per la verità abbastanza circoscritto, e che forse potrebbe essere conseguito mediante operazioni ermeneutiche meno radicali: quello cioè della revisione dei criteri giurisprudenziali per la quantificazione del danno alla integrità fisica⁷³.

L'integrale superamento della regola *ex art.* 2059, d'altra parte, rischia di condurre ad esiti incongrui⁷⁴ alla stessa istanza personalistica, che con quel superamento si mira a soddisfare. Né può trascurarsi che la bipartizione del regime giuridico dei due tipi di danno corrisponde alla intrinseca diversità funzionale del giudizio di responsabilità, a seconda che operi per trasferire una perdita economica da chi l'ha subita ad un differente soggetto, ovvero per reagire a un fatto antiggiuridico⁷⁵.

c.d. danno biologico. V. la sintesi di M.V. DE GIORGI, *Danno alla persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, pp. 448 ss. In dottrina v. soprattutto M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, pp. 107 ss.

⁷² Cfr. soprattutto F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 515 ss.; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, pp. 239 ss.

⁷³ Nella quale a ben vedere sembra in buona parte risolversi la questione del c.d. danno biologico. Bibliografia e giurisprudenza in PARADISO, *Il danno alla persona*, cit., pp. 139 ss.; e in MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, cit., pp. 321 ss.

⁷⁴ Si pensi all'esperienza francese, ed al risarcimento concesso al proprietario di una scuderia per il dolore cagionato dalla morte del cavallo prediletto (Cass., 16 gennaio 1962, in *J.C.P.*, 1962, 2, p. 12557, con nota di Esmein); o all'automobilista per la lesione del «legame affettivo» con la sua autovettura (T.G.I. Le Mans, 14 ottobre 1966, *Gaz. Pal.*, 1967, I, p. 29). Diffuse sono le perplessità nella dottrina: v. per tutti G. VINEY, *La responsabilità: condittons*, in *Traité de droit civil, Les obligations*, diretto da J. Ghestin, IV, Paris, 1982, pp. 310 ss., dove altri riferimenti.

⁷⁵ V. sopra, n. 58; e cfr., chiaramente, D. MESSINETTI, voce *Personalità (tutela della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1984, pp. 393 ss. Favorevoli (in sede di politica legislativa) all'adozione

Rispetto a tali rilievi, più persuasiva appare la tendenza a rivedere, dell'art. 2059, non la nozione di 'patrimonialità' del danno, ma la portata del rinvio ai «casi determinati dalla legge», nei quali il risarcimento del danno non patrimoniale abbia luogo secondo i criteri ordinari degli artt. 2043 ss. E – grosso modo – è questa, come si è visto⁷⁶, la linea prevalsa nell'esperienza della Germania federale.

Alla luce della costituzione, pertanto, la previsione normativa dovrebbe ritenersi integrata anche in ipotesi nelle quali manchi un'espressa menzione della risarcibilità del danno non patrimoniale. E dunque, dagli artt. 7 e 10 c.c. si è dedotta la risarcibilità di quel danno, in caso di lesione del diritto al nome e all'immagine, e, per analogia, degli altri diritti (o del 'diritto generale') della personalità⁷⁷; mentre analoga soluzione è stata prospettata – con audacia non priva di attendibilità – per gli interessi costituzionalmente protetti come diritti «fondamentali», o «inviolabili», e in particolare per il c.d. diritto alla salute, *ex art. 32 cost.*⁷⁸.

Soluzioni, queste, che consentono di tener ferma sia la differenziazione di regime tra le due figure di danno, sia il principio di tipicità per quello non patrimoniale. E, a tacere delle esigenze di 'legalità'⁷⁹ – non prive anch'esse di rilievo costituzionale – in tal modo maggiormente rispettate, è questa in fondo la strada largamente prevalente nelle esperienze giuridiche contemporanee⁸⁰.

di una clausola generale sul modello francese sono invece A. DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. mer.*, 1974, I, p. 347; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pp. 156 ss.

⁷⁶ V. sopra § 7.

⁷⁷ Cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela della vita privata*, Milano, 1972, pp. 55 ss.; A. IANNARELLI, *Il danno morale*, in M. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità civile*, I, Bari, 1973, p. 243; T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, pp. 183 ss.; R. TOMMASINI, *Osservazioni in tema di diritto alla «privacy»*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Milano, 1978, pp. 2044 ss.; MESSINETTI, voce *Personalità (tutela della)*, cit., pp. 400 s. *Contra* Cass., 10 novembre 1979, n. 5790, in *Foro it.*, 1980, I, c. 81.

⁷⁸ Trib. Roma, 11 aprile 1981, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 660, con nota di Del Medico. *Contra*, però, Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 760 (v. *infra*, n. 82).

⁷⁹ Rilievo diffuso tanto in Francia, per la generale risarcibilità del danno morale (per tutti J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, Paris, 1976, p. 330), quanto in *common law*, per i danni punitivi o esemplari (per tutti v. la *note*, *Criminal Safeguards and the Punitive Damages Defendant*, in *U. Chi. L. Rev.*, 34 [1967], pp. 418 ss.; sull'argomento, in generale, cfr. la recente ricognizione di G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 435 ss.).

⁸⁰ Una clausola generale di risarcibilità del danno non patrimoniale vige solo in Francia e nei sistemi derivati; la soluzione negativa pura solo in URSS. Il *common law*, il BGB ed in genere gli ordinamenti dell'area germanica, gli ordinamenti socialisti differenti dall'URSS

10. *Danno alla salute, eguaglianza, solidarietà*

Qualche altra considerazione sembra tuttavia opportuno aggiungere, giacché il rapporto tra i valori personalistici della costituzione e il meccanismo della tutela aquiliana è forse meno semplice di come talvolta si tende a presentarlo.

Una conferma può venire muovendo da un sommario riesame della vicenda della questione di costituzionalità degli artt. 2043 e 2059, sollevata con riferimento al c.d. danno biologico. La corte costituzionale⁸¹ ha potuto aggirare⁸² il vero problema (se cioè la menomazione dell'integrità fisica in sé considerata sia o meno danno patrimoniale *ex art.* 2059), approfittando della pretestuosità delle ordinanze di remissione (concernenti casi nei quali la lesione rivestiva i caratteri del reato).

Nelle pur perplesse argomentazioni della corte sembra tuttavia farsi strada l'idea che il rapporto tra i principi costituzionali e responsabilità civile sia più complesso di quanto non appaia ai fautori della 'depatriomonalizzazione' della tutela aquiliana. L'art. 2059 contrasterebbe con la costituzione, secondo tale tesi, per due ragioni: la violazione del principio di eguaglianza (per il trattamento differente della vittima a seconda che il danno derivi o meno da un reato); la violazione dell'art. 32, giacché il diritto alla salute, direttamente protetto dalla costituzione, rimarrebbe privo di tutela a fronte di lesioni che non integrino gli estremi di un reato.

Sul primo aspetto, la corte ha argomentato in senso negativo, ammettendo in via di principio la legittimità di una scelta legislativa che differenzi il regime della responsabilità sulla base delle caratteristiche della condotta lesiva (pur aggiungendo a tale rilievo un inciso – sul quale si tornerà – che ha consentito ai sensibili giudici genovesi di riprospettare la questione)⁸³.

La corte ricorda, per sottolineare la rilevanza della posizione dell'agente

e quelli scandinavi prevedono tutti un principio di tipicità, più restrittivo di quello (eventualmente) adottato per i danni patrimoniali. V. per tutti la rassegna di H. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 8, Tübingen et al., 1972, pp. 36 ss.

⁸¹ Corte cost., 26 luglio 1979, nn. 87 e 88, in *Giur. it.*, 1980, I, c. 9, con nota di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*, la cui lettura delle decisioni della Corte è però differente da quella accennata nel testo.

⁸² Così come ha fatto, del resto, Cass., 6 giugno 1981, n. 3675, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1903. Favorevole alla risarcibilità in via generale del c.d. danno biologico, ma senza ricorso all'argomento costituzionale, è invece Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, cit.

⁸³ Trib. Genova (ord.), 8 ottobre 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1980, p. 112. Analogamente Trib. Salerno (ord.), 15 dicembre 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 604.

nel giudizio di responsabilità, gli artt. 2044-2047. Ma il ragionamento può essere condotto anche oltre tale riferimento. Se, nella tutela risarcitoria della salute, vanno considerate esclusivamente, ed integralmente, le ragioni della vittima, per quale motivo questa dovrà essere risarcita solo se all'autore del danno sia addebitabile un comportamento doloso o colposo? L'argomento del principio di eguaglianza, insomma, prova troppo. Indipendentemente dall'art. 2059, rimane che non tutti i danni «ingiusti» sono in concreto risarcibili, essendo altresì necessaria l'operatività di un criterio di imputazione. Seguendo la tesi dell'equiparazione di tutte le vittime, dovrebbero considerarsi incostituzionali non solo le norme sulle cause di giustificazione e sull'imputabilità, ma tutte le fattispecie soggettive di responsabilità.

Ma nel giudizio di responsabilità civile non sono di fronte la collettività solidale e la vittima del danno, bensì due soggetti, l'attore e il convenuto, formalmente suscettibili della medesima protezione. Lo spostamento dell'attenzione dal responsabile alla vittima, e dalla prevenzione-sanzione alla riparazione, non può condurre a trascurare del tutto la posizione del primo, che è pur sempre meritevole, se non proprio di solidarietà, almeno di un minimo di considerazione, nel momento in cui si decide non già solo se soddisfare l'attore, ma anche se obbligare il convenuto a pagare una somma di denaro.

Certamente, sul piano della «giustizia» i termini del discorso divengono diversi, quando si consideri il profilo assicurativo⁸⁴. Ma allora – come si accennerà in fine – non è in questione la costituzionalità della disciplina codicistica, bensì il rapporto tra questa, ed i meccanismi assicurativi, nonché di sicurezza sociale, propri del *Welfare State*: e la idoneità, del sistema che ne risulta, a garantire la solidarietà sociale e la sicurezza cui la vittima ha diritto⁸⁵.

Se dunque non è in questione la solidarietà collettiva per la vittima, ma il trasferimento di un danno da un soggetto ad un altro, il sistema del codice (individuando la ragione di quel trasferimento nella sussistenza di uno dei titoli di imputazione *ex* artt. 2043 ss., per i danni «patrimoniali»; nell'esistenza di un reato – o altre ipotesi di legge – per quelli «non patrimoniali») può essere variamente discusso sul piano della politica legislativa, ma non si vede come possa essere considerato lesivo del principio di eguaglianza.

⁸⁴ E ne emerge, infatti, una intricata serie di questioni di costituzionalità, soprattutto con riferimento all'intervento «garantistico» dello Stato: v. Corte cost., 12 marzo 1975, n. 55, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1060; Corte cost., 29 dicembre 1981, n. 202, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 359; Corte cost., 29 aprile 1982, n. 84, *ivi*, p. 1439.

⁸⁵ Problema accuratamente esaminato da P. S. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London, 1980, part. pp. 323 ss.

La corte costituzionale sembra però escludere che il ragionamento da lei medesima abbozzato abbia valore quando «vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite» (e su questo inciso, come si ricordava, si fonda la riproposizione della questione di costituzionalità dell'art. 2059, per contrasto con l'art. 32)⁸⁶.

A prescindere da ogni altro rilievo (anche la proprietà è costituzionalmente garantita: dovrà considerarsi risarcibile l'interesse di affezione?)⁸⁷, vi è il rischio, in tal modo, di confondere i differenti profili della garanzia costituzionale, della tutela specifica del diritto, e della tutela risarcitoria⁸⁸. Della 'ingiustizia' del danno alla salute non si è mai dubitato. Si può aggiungere che la salute è riconosciuta dalla costituzione come «diritto soggettivo inviolabile», e che ogni forma di lesione di essa, «da chiunque provenga», è «incondizionatamente illecita»⁸⁹. Ma l'art. 2059 c.c. (una volta inteso che la 'patrimonialità' va riferita non al bene leso, ma al tipo di pregiudizio)⁹⁰ non incide su nessuno di tali profili. La regola che quella norma pone circoscrive, in via generale, l'attivazione della tutela aquiliana alla riparazione dei pregiudizi «suscettibili di valutazione economica»⁹¹. La configurazione della salute come diritto soggettivo immediatamente azionabile, l'illiceità della condotta lesiva, l'ingiustizia del danno non sono in discussione. Certamente, i tradizionali criteri giurisprudenziali di valutazione del danno alla persona sono fittizi e sperequati; ma una revisione di essi può operarsi anche senza porre in discussione la scelta del nostro codificatore di riservare la tutela aquiliana, in via di principio, ai pregiudizi economicamente apprezzabili.

Se invece si intende porre in discussione proprio quella scelta, il problema sembra concernere piuttosto la valutazione complessiva del modello costituzionale, in un duplice senso.

In primo luogo per il significato da attribuire alla rilevanza, nella carta

⁸⁶ V. sopra, n. 83.

⁸⁷ V. sopra, n. 74, per la soluzione tendenzialmente positiva nell'esperienza francese. Sull'interesse di affezione v. A. FALZEA, *I fatti di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, pp. 340 s., 343 s.

⁸⁸ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, pp. 57 ss.; A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 127 ss.

⁸⁹ Cas., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302. Diversamente, però, Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, cit., che prospetta l'applicazione analogica dei criteri posti dall'art. 844 c.c.

⁹⁰ Cfr. per tutti G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, pp. 37 ss.; *contra* A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, pp. 59 ss.

⁹¹ BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., p. 565.

fondamentale, di valori, beni, interessi irriducibili a una logica economica o «proprietaria»⁹². La via maestra non sembra quella della traduzione monetaria, ma della attivazione di meccanismi anche complessi di tutela, congrui alla dimensione 'postacquisitiva' di quegli interessi (si pensi non solo alla generalizzazione di forme di tutela civile non risarcitoria, ma anche alle tecniche di protezione che si vengono delineando con la definizione delle c.d. «carte dei diritti» del malato, ecc.).

In secondo luogo, e più radicalmente, è in questione l'atteggiamento dell'interprete di fronte al dato costituzionale. Chi ritenga che nella costituzione sia dato rinvenire, più che un formulario di azioni in giudizio, il modello istituzionale di una società prefigurata, riterrà più rispettoso di essa la individuazione della distanza che ancora da quel modello ci separa, piuttosto che il tentativo, a volte artificioso se non avvocatesco, di tradurlo subito nelle tecniche operative di cui dispone. L'alternativa non si presenta allora più tra chi propugna l'efficacia immediata e più intensa dei principi costituzionali, e chi li colloca nel limbo delle norme programmatiche⁹³; ma tra diversi modelli organizzativi dei rapporti sociali.

La tematica del danno alla salute, in questa prospettiva, va collocata dunque sul piano delle grandi scelte collettive. Si tratta insomma di determinare il tipo di oneri complessivi che la collettività intende sopportare – in tempi in cui più strette si fanno le compatibilità economiche – a protezione della vittima del danno. La collettività deve pur operare una scelta di fondo tra sistema privatistico della responsabilità, e sistema sociale di prevenzione e tutela, dal momento che difficilmente sarà in grado di sopportare il costo di un soddisfacente funzionamento di entrambi.

Oltre che ad una verifica testuale dei dati codicistici, i «valori» costituzionali richiamano quindi ad una riconsiderazione funzionale complessiva dell'istituto. Per questa via, non è possibile prescindere da una attenzione contestuale ai rapporti di esso con i meccanismi del *Welfare State*, nei quali può in modo più pieno e soddisfacente manifestarsi la solidarietà sociale con le vittime dei danni.

⁹² Nell'accezione prospettata da S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, pp. 33 ss.

⁹³ V., infatti, le precisazioni di P. RESCIGNO, *La tutela della salute e il danno alla persona*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., pp. VI ss.

*Note in tema di valutazione del danno non patrimoniale da reato**

SOMMARIO: 1. L'impossibilità di «misurare» il danno non patrimoniale – 2. Significato e limiti del rinvio all'equità del giudice – 3. I criteri della giurisprudenza – 4. *Segue*. E le tendenze più recenti in tema di risarcimento del danno non patrimoniale – 5. Impostazione del problema: entità del risarcimento e funzioni della tutela – 6. La funzione del risarcimento del danno non patrimoniale *ex art.* 185 c.p.: punizione del convenuto e «soddisfazione» dell'attore – 7. Le conseguenze sulla valutazione del danno: prime considerazioni – 8. Esigenza di un approfondimento della nozione di danno non patrimoniale (con particolare riferimento alla lesione di interessi collettivi) – 9. Danno non patrimoniale e «presenza» degli interessi collettivi nel processo penale. Critica – 10. Danno non patrimoniale come *quid pluris* rispetto alla lesione dell'interesse. Critica – 11. Danno non patrimoniale da reato, interessi collettivi e sindacato – 12. I criteri per la valutazione del danno non patrimoniale da reato – 13. Il problema della traduzione monetaria – 14. *Segue*.

1. L'impossibilità di «misurare» il danno non patrimoniale

La (brevissima) motivazione dedicata dal Tribunale di Monza all'accertamento e alla liquidazione del danno non patrimoniale cagionato al sindacato dal disastro di Seveso conferma la complessità e le incertezze proprie della materia¹.

È constatazione tanto antica quanto ricorrente quella che segnala la

* Pubblicato in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 5-6, Roma, 1984, pp. 31-42.

¹ Nelle riflessioni che seguono non si considererà che l'ipotesi – del resto di gran lunga prevalente – in cui il risarcimento del danno non patrimoniale si traduce nella *condemnatio pecuniaria*. Il tema dell'ammissibilità, e delle modalità, del risarcimento in forma specifica di tale figura di danno implica complessi problemi che qui non è possibile affrontare. Si noti comunque che i giudici di Monza hanno ritenuto «superflua» la pubblicazione della sentenza *ex art.* 186 c.p., per la «rilevante diffusione delle notizie relative ai fatti di Seveso ad ogni livello di divulgazione».

Per una prima e sommaria bibliografia sulla liquidazione del danno non patrimoniale si vedano SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, part. pp. 330 ss.; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pp. 177 ss.; LANZILLO, *Osservazioni in tema di liquidazione dei danni non patrimoniali*, in *Temi*, 1966, pp. 7 ss.; DE CUPIS, *Il danno*³, Milano, 1979, I, pp. 354 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pp. 373 ss. Per una rassegna comparatistica v. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI. *Torts*, 8 (1972), pp. 46 ss.

difficoltà, se non l'impossibilità, di valutare quantitativamente un danno cui, per definizione, non corrisponde un pregiudizio economicamente rilevante. E pare in effetti che dalla difficoltà possa uscirsi solo attraverso una riformulazione del problema, che abbandoni definitivamente l'idea che il danno non patrimoniale costituisca un *quid* di omologo, ancorché differente, rispetto al danno patrimoniale: un'entità, cioè, oggettivamente esistente, come «conseguenza» dell'illecito, ed in qualche modo da «provare» nella sua consistenza, per poi «misurare», e quindi «risarcire», mediante la condanna del responsabile a pagare una somma di denaro «equivalente» al danno subito.

Così impostato, il problema è veramente privo di soluzione: ed infatti l'alternativa consueta conduce, da un lato, a trarre dalla «impossibilità» di provare o di misurare il danno non patrimoniale un argomento contro la risarcibilità del medesimo; dall'altro, a superare quella «impossibilità» attraverso un rinvio all'equità giudiziale, fondato sull'art. 1226 c.c. (richiamato dall'art. 2056).

Soluzioni entrambe insoddisfacenti. La prima, non solo per l'ovvia ragione che – a fronte del dato positivo – essa può costituire al più argomento di politica del diritto, e non interpretativo; ma soprattutto perché pone un problema che probabilmente non esiste, quello cioè di «provare» un qualcosa che è irrilevante per l'attribuzione della tutela (v. oltre, ai nn. 10 e 11), e di «misurare» un qualcosa che non solo non è misurabile, ma non è neppure necessario misurare, giacché nessuna regola impone, per il risarcimento del danno non patrimoniale, una «equivalenza» tra danno cagionato e danno da risarcire, e dunque una «misurazione» del primo per determinare l'estensione del secondo.

Alla radice dell'argomento negativo è dunque il preteso parallelismo tra danno patrimoniale e non patrimoniale, cui si accennava all'inizio; e l'argomento cade agevolmente, quando si assuma l'inconsistenza di quel parallelismo, e la diversità strutturale, oltre che funzionale, tra i due modelli di tutela consistenti nel risarcimento dell'una, o invece dell'altra, figura di danno.

2. Significato e limiti del rinvio all'equità del giudice

Ma – come si accennava – altrettanto insoddisfacente è la soluzione – pure largamente prevalente – del mero rinvio all'equità giudiziale. E ciò essenzialmente per due ragioni. La prima è che l'art. 1226 c.c. non è

direttamente applicabile al danno non patrimoniale. Quella norma, infatti, prevede l'intervento equitativo del giudice per consentire una soddisfacente applicazione del principio (posto dall'art. 1223 c.c.) dell'equivalenza tra la perdita economica subita e il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, quando non sia possibile realizzare altrimenti una sufficiente certezza sulla misura del danno. L'art. 1226, quindi, allevia l'onere probatorio dell'attore, ma limitatamente al «preciso ammontare» di un danno (patrimoniale) la cui rilevanza economica, ed oggettiva misurabilità in denaro, è indiscussa. Del tutto differente è il problema della quantificazione del danno non patrimoniale, dove non si è di fronte ad incertezze o difficoltà di prova, ma all'inesistenza stessa di un *quid* che possa (o che debba) essere «provato nel suo preciso ammontare».

Naturalmente, non si intende così negare che la liquidazione del danno non patrimoniale sia operazione ampiamente rimessa all'equo apprezzamento del giudice. Solo che, a tal fine, l'art. 1226 non ha nulla da dire, in quanto il criterio operativo che da esso può desumersi (che cioè il giudice debba per quanto possibile commisurare il risarcimento all'ammontare della perdita economica che «probabilmente» l'attore ha subito) è evidentemente inconferente.

Emerge così la seconda ragione di insoddisfazione per una soluzione che si limitasse a rinviare all'equità, senza fornire alcun criterio per l'esercizio del potere giudiziale di apprezzamento. Tale esito, già di per sé inadeguato sul piano operativo come su quello concettuale, ancora più lo diviene, quando si consideri la tendenza, che si è venuta delineando con sempre maggiore evidenza soprattutto in alcuni campi (tutela della personalità, dell'ambiente, ecc.) ad utilizzare la tecnica del risarcimento del danno non patrimoniale come strumento di «punizione» dell'autore dell'illecito, svincolato da quelle garanzie che circondano invece la comminazione della sanzione penale (in proposito v. oltre, al n. 4).

L'assenza di parametri di riferimento nella determinazione della misura para-sanzionatoria contrasta con un'esigenza garantistica; tanto più che spesso, in concreto, il convenuto risentirà molto più della «pena privata» consistente nel pagamento di somme (in ipotesi) molto elevate, che della pena vera e propria, spesso meramente nominale.

3. *I criteri della giurisprudenza*

Del resto, dell'esigenza di introdurre in qualche modo un criterio obiettivo di liquidazione del danno non patrimoniale si è reso conto il giudice di legittimità, affermando l'incensurabilità della motivazione in via di principio, ma anche il vizio di quella motivazione che si limitasse ad un generico richiamo all'equità (per tutte, Cass. 23 febbraio 1968, n. 631).

Nell'individuare poi quel criterio, la giurisprudenza si rivela oscillante, all'interno dei due poli contrapposti del grado di riprovevolezza della condotta lesiva, e della considerazione prevalente, invece, dell'entità del patema d'animo, o dolore, o perturbamento nella sfera psichica dell'attore (un ampio esame della giurisprudenza è in BONILINI, *op. cit.*, pp. 390 ss.). E in tale seconda prospettiva si ripresenta spesso l'idea che occorra in qualche modo determinare la somma di denaro necessaria per eliminare, appunto, il dolore, ecc., della vittima, attraverso un'accentuata quanto meccanica applicazione della già criticata tendenza che assimila il risarcimento del danno non patrimoniale a quello del danno patrimoniale (nel quale la somma di denaro serve invece veramente ad «eliminare» la perdita economica subita).

Emerge, da queste incertezze giurisprudenziali, l'insufficiente chiarezza sul significato della tutela di cui all'art. 185 c.p., nell'alternativa tra la concezione – risalente alla Scuola positiva – del risarcimento del danno da reato come «pena», e la prevalenza da accordare invece, secondo la nota impostazione di Carnelutti, alla finalità riparatoria dell'istituto. Ed è evidente come al primo inquadramento seguano criteri di liquidazione basati sulla riprovevolezza del comportamento del responsabile, mentre il secondo imponga di tener conto soprattutto dell'entità del «danno» subito dall'attore (salve le già segnalate difficoltà di provare e misurare tale danno).

4. *Segue. E le tendenze più recenti in tema di risarcimento del danno non patrimoniale*

L'insufficienza dell'elaborazione giurisprudenziale si palesa in tutta la sua rilevanza a fronte degli orientamenti più recenti, cui si è già avuto modo di accennare. Com'è noto, si tende ad ammettere con sempre maggiore convinzione la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori delle ipotesi di reato (soprattutto per il danno alla salute e per gli

attentati alla personalità); a ridurre gli elementi «penalistici» necessari per la configurazione di un fatto come reato ai fini della tutela *ex art.* 185 c.p. (fino a considerare tali solo quelli c.d. oggettivi: cfr. Cass. S.U., 6 dicembre 1982, n. 6651); ad ampliare i casi di accertamento «incidentale» del reato nel processo civile; ad estendere il novero dei soggetti ammessi alla costituzione di parte civile, e dunque titolari del diritto al risarcimento.

Non è questa la sede per discutere tali tendenze; è sufficiente prenderne atto, per rilevare come – in tal modo – la nozione stessa di danno non patrimoniale risulti modificata rispetto al passato, e più pressante divenga l'esigenza di formulare adeguati parametri per la liquidazione.

È evidente, infatti, che la concezione tradizionale di tale danno, come dolore o perturbamento d'animo, ben poco ha in comune con le figure di cui oggi si assume la rilevanza: dal c.d. danno biologico, a quello arrecato alla reputazione di un'associazione o di un partito (dove l'esigenza di ottenere una «vittoria» di fronte all'opinione pubblica prevale su quella di alleviare il perturbamento d'animo che l'offesa possa avere causato ai soci); dal danno non patrimoniale arrecato all'ente locale dai reati urbanistici o ambientali (v. Cass. S.U., 21 aprile 1979, Pelosi), ad ipotesi come quella affrontata dalla sentenza di Monza (per la quale v. oltre, ai nn. 11 e 12).

La nozione di danno non patrimoniale, insomma, se mai è stata unitaria, oggi certamente non lo è più; e anche i criteri di liquidazione devono essere ripensati alla luce dei dati nuovi che l'esperienza presenta.

5. Impostazione del problema: entità del risarcimento e funzioni della tutela

A questo proposito, deve anzitutto osservarsi che quei criteri, in assenza di una previsione normativa espressa, non possono trarsi, in linea di massima, che da considerazioni di ordine funzionale, inerenti alla *ratio* di quella peculiare forma di tutela che si esprime nel «risarcimento» di un «danno» privo del connotato della patrimonialità.

E una prima indicazione, ancorché solo negativa, può trarsi intanto dall'ultimo rilievo ora formulato; che cioè – e già lo si è osservato – improduttivi e anzi fuorvianti sono i tentativi di risolvere il problema alla luce di criteri omologhi a quelli applicabili alla ordinaria tutela aquiliana; e dunque sulla base del calcolo di una somma di denaro in qualche modo «equivalente» al dolore, perturbamento, sofferenza cagionati dall'illecito; o di quella idonea ad alleviare o eliminare il dolore, ecc.

Tale prima conclusione, se considerata alla luce di quanto si osserva al termine del n. precedente, consente altresì di intendere come molto dubbia sia la possibilità di formulare criteri o principi di ordine generale, validi cioè per ogni ipotesi in cui si assuma la risarcibilità di un danno non patrimoniale. L'ampliamento e la diversificazione di tali ipotesi si traducono infatti in differenti «ragioni» del risarcimento, e dunque – se è esatto quanto si è rilevato sul nesso tra funzione e contenuto della tutela – a differenti parametri per la liquidazione.

E la prima ed essenziale differenziazione va posta tra il danno non patrimoniale da reato, e quello che eventualmente si ritenga risarcibile su basi normative diverse dall'art. 185 c.p. (come, ad es., il c.d. danno biologico). Solo al primo si riferiranno dunque le riflessioni che seguono.

6. La funzione del risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 185 c.p.: punizione del convenuto e «soddisfazione» dell'attore

In presenza di un principio di tipicità come quello posto dall'art. 2059 c.c. per il risarcimento del danno non patrimoniale, la regola dell'art. 185 c.p. non può essere inquadrata sistematicamente senza dare il giusto rilievo alla funzione punitiva. Né vi è, in definitiva, altra ragione che giustifichi la scelta normativa per la quale un «identico» danno (non patrimoniale) sia risarcibile solo quando cagionato da un reato, e non da un illecito meramente civile (ed è questo in fondo il ragionamento che ha condotto la Corte costituzionale con le sentt. nn. 87 e 88 del 1979 a non ritenere illegittimo l'art. 2059 c.c.).

Non interessa qui il problema concettuale concernente la possibilità di ricondurre la figura nella categoria della pena privata, di recente tornata all'attenzione dei giuristi. È certo però che la circostanza che la risarcibilità del danno non patrimoniale – a differenza dell'ordinaria tutela aquiliana – discenda da un giudizio di riprovevolezza sul comportamento del responsabile, sussunto in quello necessario per dar luogo alla sanzione penale, impone di ritenere essenziale, nella ricostruzione della *ratio* della tutela, il profilo punitivo.

Ciò non vuol dire, però, che tale profilo possa esaurire la considerazione funzionale dell'istituto (diversamente BONILINI, *op. cit.*). Non si spiegherebbero, altrimenti, alcuni aspetti della disciplina (la responsabilità per fatto altrui, l'ammissibilità dell'assicurazione, l'inapplicabilità del principio *ne bis in idem* nell'ipotesi di pluralità di danneggiati) incompatibili con il

rilievo esclusivo della finalità punitiva; e non si spiegherebbe, soprattutto, perché della «punizione» debba avvantaggiarsi un soggetto particolare, qual è il danneggiato civile. In effetti, l'istituto non può essere adeguatamente inteso, se non si considera altresì il rilievo che assume l'interesse privato, e dunque la posizione di chi ne è titolare, ed è il destinatario della tutela.

Il risarcimento del danno non patrimoniale da reato si rivela così caratterizzato da una duplice e coesistente dimensione funzionale perseguendo, accanto alla punizione del responsabile, quella che può chiamarsi la «soddisfazione» della vittima. Con tale termine si intende non già la compensazione equivalente ad una perdita in qualche modo monetizzabile, ma una peculiare forma di tutela successiva degli interessi specificamente lesi dal reato: e dunque, nello stesso senso con cui si parla di *Genugtuung* nelle esperienze di area germanica, per differenziare appunto, sulle orme dell'insegnamento di Jhering, il risarcimento del danno non patrimoniale, rispetto all'*Ausgleich* proprio del danno patrimoniale (v. per tutti STOLL, in *Gutachten f. d. 45. D. Juristentag*, 1964, I, 1, pp. 149 ss.).

Punizione del convenuto e «soddisfazione» dell'attore appaiono dunque i due tratti caratterizzanti sul piano funzionale la tutela *ex art.* 185 c.p., e pertanto rilevanti ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale da reato.

7. Le conseguenze sulla valutazione del danno: prime considerazioni

Pare dunque che i due orientamenti che è dato rinvenire nella pur carente elaborazione giurisprudenziale (v. sopra, al n. 3) esprimano due esigenze entrambe rilevanti, nel senso che per la liquidazione occorra tener conto tanto della riprovevolezza della condotta (profilo punitivo), quanto dell'entità delle conseguenze che ne siano derivate per l'attore (profilo «satisfattivo»).

Non sarà allora ingiustificato un richiamo a quanto dispone l'art. 133 c.p. Nel porre i criteri per la discrezionalità giudiziaria ai fini dell'applicazione della pena, tale norma contempla in effetti entrambi i profili di cui si è detto. La «gravità del reato», infatti, deve essere desunta, oltre che dalla natura e dalle modalità dell'azione, e dalla entità della colpevolezza, anche «dalla gravità del danno e dal pericolo cagionato alla persona offesa dal reato». Altrettanto utile ai nostri fini pare il riferimento alle «condizioni economiche» del responsabile (v. in proposito BONILINI, *op. cit.*, pp. 400 ss.), di cui all'art. 133-*bis* c.p. (introdotto con l'art. 100 della l. 24 novembre 1981, n. 689).

In quanto attribuiscono rilievo anche alla «gravità del danno», i criteri posti dall'art. 133 c.p. sembrano dunque costituire un primo e utile punto di riferimento anche per la liquidazione del danno non patrimoniale da reato. Naturalmente, non è possibile limitarsi a tale constatazione, non solo per un'esigenza di ulteriore concretizzazione (in assenza di «limiti fissati dalla legge», che pongono l'ambito all'interno del quale si esplica il potere del giudice di determinare la sanzione penale), ma anche perché occorre intendere il significato peculiare che la «gravità del danno» assume ai fini della «soddisfazione» della vittima.

Tale profilo richiede però qualche considerazione più distesa sul contenuto della nozione di danno non patrimoniale².

8. *Esigenza di un approfondimento della nozione di danno non patrimoniale (con particolare riferimento alla lesione di interessi collettivi)*

Si è già osservato come la tendenza ad ampliare la legittimazione civile nel processo penale abbia concorso alla crisi della concezione tradizionale del danno non patrimoniale come danno morale-soggettivo (dolore, perturbamento d'animo, ecc.) mentre una nozione meramente negativa (di danno che non sia danno patrimoniale) è con tutta evidenza insoddisfacente (ancorché non priva di utilità come punto di partenza).

Particolarmente complesso si presenta il problema quando si tenti di individuare l'*ubi consistam* del danno non patrimoniale lamentato dal soggetto collettivo, che eserciti l'azione civile assumendo che dal reato siano stati lesi interessi non riconducibili a quelli inerenti alla sua sfera organizzativa e «personale» in senso stretto.

In estrema sintesi, può dirsi che le soluzioni prospettate sono riconducibili a due orientamenti di fondo, a seconda che si accentui la funzione «collettiva» dell'azione civile nel processo penale (in esplicita polemica con la tradizionale concezione individualistica della parte civile: v. oltre, al n.

² Un adeguato svolgimento del tema esula evidentemente dal taglio e dalle dimensioni di queste riflessioni. Essenziale punto di riferimento restano le classiche pagine di SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., pp. 277 ss.; ID., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 464 ss. In esse è delineata con chiarezza l'impossibilità di rinserrare la nozione del danno aquiliano nelle due tradizionali categorie del danno patrimoniale e del danno morale-soggettivo. La soluzione proposta da S. (di ricondurre tutte le figure di danno differenti dalla seconda in una generale nozione di danno «materiale» o «oggettivo») non appare tuttavia persuasiva, per ragioni che ci si ripromette di motivare in altra sede.

9); oppure che si prospetti la configurabilità di un danno «civile» (secondo gli ordinari canoni del giudizio aquiliano) cagionato dal reato al soggetto collettivo (v. oltre, al n. 10).

9. Danno non patrimoniale e «presenza» degli interessi collettivi nel processo penale. Critica

Seguendo la prima prospettiva, risulta preminente l'esigenza di introdurre nel processo penale soggetti idonei, per la loro adesione morale o ideologica agli interessi collettivi pregiudicati dal reato, ad assicurarne una più adeguata protezione (come supporto, completamento, supplenza rispetto alla pubblica accusa), anche per bilanciare la difesa tecnica dell'imputato.

Se perseguita fino in fondo, tuttavia, tale prospettiva presuppone in realtà non la revisione, ma l'irrilevanza della nozione di danno non patrimoniale, giacché, da un lato, la costituzione di parte civile discenderebbe da un accertamento del solo profilo della «legittimazione» (come idoneità dell'attore a rappresentare in giudizio il tipo di interesse offeso dal reato); dall'altro, la finalità della presenza nel processo penale sarebbe appunto quella di cui si è detto, e non già di assicurare la tutela di un interesse «proprio» dell'attore.

In tal modo, il problema della liquidazione risulterebbe oltre tutto ancora più aggravato, a meno di non generalizzare la quantificazione del danno in una misura simbolica.

È difficile dubitare, tuttavia, che una tale impostazione, ancorché meritevole della massima attenzione sul piano della politica del diritto, è in contrasto insanabile con il dato positivo, che legittima all'azione civile nel processo penale la «persona alla quale il reato ha recato danno» (art. 22 c.p.p.).

Ostacolo, questo, talmente insuperabile, da avere indotto anche i fautori di tale prospettiva a ricercare un «danno» che il soggetto collettivo possa assumere di aver subito in conseguenza del reato, e che generalmente viene individuato nelle difficoltà arrecate al perseguimento del fine istituzionale dell'ente, oppure nella perdita di «credibilità» che gliene sia derivata.

Il problema torna così ad essere quello della nozione di danno non patrimoniale, rispetto alla quale la funzione di introdurre nel processo penale soggetti idonei alla tutela di interessi collettivi, di per sé, poco è in grado di dire. Essa rischia anzi di risultare poi fuorviante sul terreno medesimo nel quale più opportunamente va posta, quello cioè della politica legislativa; giacché la riforma da coerentemente auspicare concerne non

l'ampiamiento dei danni risarcibili, ma – sulle orme di esperienze straniere, e soprattutto di quella francese (cfr. VINEY, *La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, pp. 139 ss.) – una scissione nella figura della parte civile, ammettendosi – ricorrendo determinati presupposti – la costituzione anche di chi non chieda il risarcimento di un danno.

10. *Danno non patrimoniale come quid pluris rispetto alla lesione dell'interesse. Critica*

Per quanto concerne la revisione della nozione di danno non patrimoniale, va osservato come riemerge, pur nelle versioni più aggiornate, il peso della concezione, tradizionale, che lo identifica con il danno morale-soggettivo (v. sopra, al n. 4). Si tende piuttosto a sostituire al dolore, perturbamento d'animo, ecc. (che costituirebbero il *pendant* della perdita economica caratterizzante il danno patrimoniale), un differente elemento (ad es., come già si è ricordato, gli intralci al perseguimento del fine collettivo, oppure la perdita di credibilità), nel quale consisterebbe appunto l'*ubi consistam* del danno non patrimoniale.

Tali argomenti sollevano però forti dubbi: perché artificiosi (utili al più come strumenti retorici), di difficile giustificazione normativa a fronte della necessità che il danno sia «ingiusto» (se – per restare al nostro caso – il sindacato ha perso credibilità per non aver saputo adeguatamente tutelare la salute in fabbrica, non si vede perché di tale «danno» debba rispondere un terzo: e v. oltre, al n. seg.), ma soprattutto perché inutili e anzi fuorvianti.

Se infatti presupposto del risarcimento è il «danno ingiusto», e se per tale deve intendersi la lesione dell'interesse protetto, e rilevante *erga omnes*, non si vede per quale ragione (se non per l'influenza del già criticato parallelismo con il danno patrimoniale) debba chiedersi un *quid pluris*, rispetto, appunto, alla lesione (in proposito v. di recente, con riferimento al danno alla personalità, MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1984, pp. 393 ss.).

Si viene altrimenti (come di solito accade) a scomporre un problema – che invece è unitario, risiedendo nell'individuazione del danno ingiusto – nei due problemi della legittimazione (cioè delle ragioni che consentano di riferire all'attore l'interesse collettivo leso dal reato) e del «danno» (oltre tutto, da provare autonomamente), come entità ulteriore – e dagli evanescenti contorni – rispetto alla lesione. E c'è poi il rischio che si aggiunga un terzo problema, quello del nesso causale, al quale la concezione del danno

non patrimoniale come *quid pluris* rispetto alla lesione apre indubbiamente particolari margini di rilevanza.

11. *Danno non patrimoniale da reato, interessi collettivi e sindacato*

Se la nozione del danno non patrimoniale si risolve invece senza residui nella qualificazione di ingiustizia, i problemi di cui si è detto si riassumono in uno solo: quello della rilevanza *erga omnes* dello interesse dell'attore al bene protetto dalla norma incriminatrice, e leso dal reato. Una volta superato l'antico principio per il quale quella rilevanza potrebbe sussistere solo quando l'interesse sia attribuito e protetto secondo lo schema del diritto soggettivo assoluto, è aperta la strada (ed è stata efficacemente percorsa: v. SMURAGLIA, *Il sindacato nel processo penale*, in q. Riv., 1982, IV, pp. 22 ss.) per ricondurre le lesioni degli interessi collettivi di cui il sindacato è portatore, nell'ambito e nella misura in cui tale nesso (tra il sindacato e gli interessi collettivi) sia considerato rilevante dall'ordinamento. Mentre, in base al dato positivo, ad analogo risultato non sembra potersi pervenire quando la titolarità dell'interesse in capo all'ente non risulti da indici normativi, ma solo da un'auto-attribuzione dell'ente medesimo (ed è per questo che poco soddisfacenti sono le soluzioni che fondano la legittimazione sui fini che l'ente si è dato per statuto).

Accertamento della legittimazione e prova del danno (non patrimoniale, ché per quello patrimoniale varranno le ordinarie regole degli artt. 1223 ss. c.c.) si risolvono nella questione di accertare se il bene protetto dalla norma penale, e leso dalla condotta di reato, costituisca oggetto di un interesse collettivo, del quale il sindacato possa considerarsi il portatore, alla luce degli indici desumibili dall'insieme dell'ordinamento.

E non è dubbio che il sindacato sia portatore, in particolare, dell'interesse alla prevenzione di disastri o infortuni sul luogo di lavoro. È la lesione di tale interesse che integra il danno non patrimoniale subito dal sindacato a seguito dei reati individuati dal giudice nei fatti di Seveso; senza che occorra accertare se effettivamente vi sia poi stato «pregiudizio quanto alla credibilità e prestigio e alla compressione delle attività istituzionali dell'associazione sindacale» (come invece nella sentenza). Tra l'altro, è paradossale che per ottenere i danni il sindacato abbia dovuto provare di non essere riuscito a «intervenire concretamente a tutela dei diritti dei lavoratori colpiti dagli eventi, che determinarono una sfiducia degli stessi lavoratori nei confronti del sindacato».

12. *I criteri per la valutazione del danno non patrimoniale da reato*

Sulla base di tali rilievi, è possibile approfondire la conclusione alla quale si era giunti, che cioè la liquidazione del danno non patrimoniale va operata sulla base di due criteri di fondo, corrispondenti alla duplice funzione della tutela *ex art.* 185 c.p. (v. sopra, ai nn. 7 e 8).

Per la funzione punitiva, occorre considerare gli elementi attinenti alla posizione e alla condotta del responsabile: e dunque la natura e le modalità della condotta, il titolo e il grado della colpevolezza, le condizioni economiche del reo.

Per la funzione «satisfattiva», l'ammontare va commisurato all'entità della lesione arrecata all'interesse protetto della vittima, che integra l'ingiustizia del danno.

Con riferimento a tale secondo profilo, nel caso di specie sembrano in particolare rilevanti, da un lato, il grado di oggettiva difformità delle concrete modalità organizzative del processo produttivo, rispetto a quelle idonee a tutelare l'incolumità dei lavoratori; dall'altro, le dimensioni della incidenza dell'evento di reato sugli interessi collettivi (all'incolumità dei lavoratori, all'occupazione, ecc.) riferibili al sindacato. Elementi – entrambi – idonei appunto a definire l'entità della lesione oggettivamente arrecata all'interesse protetto del sindacato, e che consente di qualificare l'evento come «danno ingiusto» per esso.

Può piuttosto aggiungersi che i due criteri (soggettivo-punitivo e oggettivo-satisfattivo) sono complementari, ancorché eterogenei; e che dunque il rilievo di ciascuno dovrebbe essere tendenzialmente pari a quello dell'altro, nel senso che di entrambi, e in misura non diseguale, si tenga conto ai fini della liquidazione.

13. *Il problema della traduzione monetaria*

I criteri così elaborati consentono evidentemente, nella traduzione in denaro, di disporre di parametri di tipo relativo, e non assoluto. È possibile, in altri termini, in base ad essi, affermare che se il fatto A dà luogo a un risarcimento di 100, un altro fatto B darà luogo, a favore di un attore che si trovi in analoghe condizioni, a un risarcimento superiore o inferiore a 100 (a seconda dell'esito del raffronto tra i due fatti, alla luce dei criteri di cui si è detto); non è possibile invece stabilire se per il fatto A il risarcimento

debba essere proprio 100, e non 10 o 1000.

I giudici di Monza affermano che il danno non patrimoniale subito dal sindacato «vale» almeno 30 milioni: ma tale cifra, di per sé, non ha, né potrebbe avere, una precisa giustificazione e motivazione, e se il Tribunale avesse invece detto 10, o 100, non si sarebbe potuto dimostrare il contrario. Se però si presentasse un analogo fatto di reato, produttivo in ipotesi di un «minore danno» (in base ai parametri di cui sopra), il giudice dovrebbe liquidare una somma inferiore.

In altri termini, ogni criterio di valutazione del danno non patrimoniale, di per sé, non può darci un valore monetario assoluto, ma solamente relativo. E ciò perché, per definizione, quel danno non è misurabile in denaro, secondo criteri oggettivi e *a priori*. È del resto nota, ad es., la profonda differenza quantitativa tra i (ridotti) danni liquidati dalle corti inglesi, e quelli invece (elevatissimi) accordati negli Usa, pur sulla base dei medesimi principi di *common law*.

Non per questo, però, si deve rinunciare a ogni parametro di tipo «assoluto». Solo che il compito di elaborare parametri quantitativi validi per casi omogenei (di tradurre insomma in denaro i criteri di cui si è discusso) può essere svolto solo dalla giurisprudenza, e in particolare da quella di legittimità, chiamata ad assicurare la parità di trattamento di casi eguali (e, naturalmente, la disparità di quelli diseguali).

Non si tratta tanto di pensare a soluzioni di tipo tabellare (utili invece dove la figura di danno vi si presti, come nel c.d. danno biologico); è però possibile, e anzi auspicabile, che la giurisprudenza – una volta definiti i criteri «relativi» di liquidazione – assicuri la uniformità anche nella traduzione monetaria di tali criteri.

14. Segue

Né deve ritenersi che tale operazione sia assolutamente discrezionale. Le considerazioni funzionali che si sono svolte per individuare i parametri «relativi» di valutazione del danno non patrimoniale, se non si prestano – per quanto si è appena detto – ad una precisa traduzione monetaria, consentono però un'indicazione orientativa dei limiti – almeno di quelli massimi – della liquidazione (i limiti minimi, evidentemente, ne discenderanno *per relationem*; né vi è ragione di escludere la liquidazione «simbolica», se l'attore la richieda).

Da un lato, infatti, la funzione «satisfattiva» implica il fine di «rendere giustizia» all'attore, non di offrirgli un'occasione di arricchimento. Dall'altro, la funzione punitiva non può soverchiare quella propria della sanzione penale.

Per entrambe le ragioni, un utile parametro quantitativo (all'interno del quale graduare la somma liquidata, sulla base dei criteri di cui si è detto) può essere desunto dal limite massimo fissato dal legislatore per le pene pecuniarie fisse (che è oggi di 125 milioni: cfr. art. 78 c.p., modificato dall'art. 101 l. 24 novembre 1981, n. 689). Non – naturalmente – per effetto di analogia; ma perché quello indicato è l'unico luogo nel quale possa rinvenirsi una sorta di equazione (normativa) tra disvalore giuridico e (dis)valore economico.

È ben vero che tale equazione è dettata esclusivamente a fini punitivi, mentre, come si è più volte osservato, del risarcimento del danno non patrimoniale è componente ineliminabile la funzione «satisfattiva» dell'attore. Ma – e pure lo si è detto – la «soddisfazione» non ha né può avere alcun equivalente monetario assoluto, predeterminabile in base a criteri che non siano, appunto, giuridico-valutativi (e dunque *a posteriori*).

D'altra parte, una volta che si consolidano gli orientamenti estensivi sull'attribuzione della tutela (v. sopra, al n. 4), è auspicabile che l'ammontare delle somme liquidate non superi determinati livelli. Nelle esperienze giuridiche dove ciò non accade (come in quella statunitense) sono stati da tempo posti in luce gli inconvenienti di esagerate liquidazioni: la responsabilità civile, da un lato, assume un'impropria funzione deterrente e punitiva, senza le garanzie penalistiche, sostanziali e processuali; dall'altro, costituisce occasione di arricchimenti ingiustificati per la parte privata (e per il suo avvocato), se non di veri e propri ricatti.

Se una conclusione comunque può trarsi dall'intero discorso, è nell'auspicio di un intervento più esplicito, incisivo e continuativo del giudice di legittimità.

*Il paradosso della responsabilità civile**

SOMMARIO: 1. La paradossale crisi della responsabilità civile – 2. Unità dello schema e pluralità delle funzioni – 3. Alla ricerca di una funzione unitaria – 4. L'efficienza economica – 5. La giustizia correttiva – 6. L'educazione alla prevenzione – 7. Utilità e limiti dell'argomento comparatistico. Conclusioni provvisorie.

1. La paradossale crisi della responsabilità civile

1. Il rinnovamento degli studi sulla responsabilità civile, avvenuto in Italia negli anni '60¹, presupponeva un'idea tanto unitaria e sostanzialmente semplice, quanto profondamente innovativa, della funzione dell'istituto. La revisione delle nozioni di ingiustizia² e di patrimonialità³ del danno; la critica del primato della colpa a favore della pari dignità formale di una pluralità di criteri di imputazione; la netta distinzione tra le categorie di illecito e di fatto dannoso, concorrevano non ad un mero aggiornamento delle visioni correnti, ma ad un radicale capovolgimento di esse⁴. Né ciò può

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, pp. 123-166.

¹ Il riferimento è alla monografia di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; e ai numerosi scritti di R. SCOGNAMIGLIO [dei quali qui ricordiamo quelli sufficienti a dare un quadro delle posizioni dell'autore: le voci del *Noviss. Dig. It., Illecito (diritto vigente)*, VIII, 1962, pp. 164 ss.; *Responsabilità civile*, XV, 1968, pp. 628 ss.; *Responsabilità per fatto altrui*, *ivi*, pp. 691 ss.; *Risarcimento del danno*, XVI, 1969, pp. 4 ss.; e i saggi *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 277 ss.; *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, 1968, II, pp. 1113 ss.; *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 464 ss.]. Altrettanto significativi e innovatori gli studi di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; *Id.*, *Causalità e danno*, Milano, 1967; *Id.*, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, pp. 90 ss. L'opera di questo a. si colloca in una prospettiva in larga misura differente da quella qui considerata, e – anche per il suo carattere fortemente anticipatore – verrà sostanzialmente recepita solo nel decennio successivo. V. § seg.

² Già avviata da R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1960, I, pp. 1420 ss.; e da P. SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 336 ss.

³ L'impostazione di R. Scognamiglio (risalente al cit. saggio del 1957 sul danno morale) verrà peraltro ripresa solo nella seconda metà degli anni '70 (v. n. 6).

⁴ Suscitando pertanto vivaci reazioni, soprattutto dal più coerente e costante fautore della concezione tradizionale (A. DE CUPIS, *Problemi e tendenze attuali della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, pp. 95 ss.; *Id.*, *Tradizione e rinnovamento nella*

stupire, perché la critica delle interpretazioni e delle costruzioni tradizionali si collocava consapevolmente in un segno unitario, dato dal ribaltamento della funzione e del valore sociale dell'istituto.

Gli scritti di Rodotà e Scognamiglio si basano su metodi di analisi e riferimenti culturali differenti, se non opposti; ad es., mentre il primo utilizza al massimo gli spunti operativi e costruttivi offerti dal dato costituzionale, il secondo ne prescinde del tutto. Eppure, alla base vi è la comune percezione di un identico processo, e cioè dell'evoluzione funzionale della responsabilità civile da mezzo per la prevenzione e la sanzione del comportamento riprovevole dell'agente, a strumento che consenta di risarcire, con la maggiore intensità e nel maggior numero dei casi, la vittima del danno. La funzione riparatoria sembra destinata così a riassumere le trasformazioni ed il destino stesso dell'istituto.

L'opera avviata in quegli anni non è certo rimasta priva di frutti. Anzi, le strade aperte sono state percorse con grande entusiasmo, quasi che le attente precisazioni dei precursori fossero il frutto dell'esagerata cautela dell'innovatore non del tutto sicuro di sé, e non piuttosto della sensibilità culturale e del rigore concettuale di una stagione felice della nostra civilistica.

Così, la cura di Rodotà nel disegnare il rapporto tra interesse leso, norma violata e principio di solidarietà, ai fini di una innovativa interpretazione dell'ingiustizia del danno, si traduce talvolta nel mero rinvio alla discrezionalità dell'interprete, chiamato a giudicare della prevalenza tra gli interessi confliggenti⁵. L'attenzione di Scognamiglio nel costruire una rigorosa nozione di danno, idonea a comprendere la lesione dei beni non patrimoniali, senza ricorrere ai tradizionali artifici giurisprudenziali, porta all'ipotesi che il «danno» di cui parla il tit. IX, 1.IV, non abbia niente a che vedere con la perdita o il mancato guadagno della vittima, e debba inten-

responsabilità civile, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 319 ss.; e – per l'organica esposizione e difesa di quella concezione – *Id.*, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2 vol., Milano, 1979).

⁵ V. in proposito la recente messa a punto, sintetica ma precisa, di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, pp. 1745 ss. L'impostazione più rigorosa di un metodo basato sulla comparazione degli interessi è quella prospettata da TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., pp. 97 ss.; ripresa e integrata con il riferimento ai principi costituzionali da G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, pp. 245 ss. Per un'originale e interessante analisi funzionale v. M. BARCELLONA, «*Scopo della norma violata*», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 311 ss. Esauriente e utilissima è l'ampia ricognizione di G. ALPA, M. BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 14, Torino, 1982, pp. 96 ss.; e v. già G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, part. pp. 61 ss.

dersi invece come sinonimo di una generica antigiridicità o antisocialità del comportamento dell'agente, di per sé idonea a fondare l'obbligazione del pagamento di una somma di denaro a favore di chi se ne senta offeso⁶.

⁶ L'individuazione della nozione positiva di danno (v. *infra*, n. 45) sembra costituire il nodo, ancora irrisolto, di tematiche come quella della tutela della c.d. identità personale o morale. V. per tutti le sintesi informative di A. GAMBARO, *Diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, pp. 519 ss., e di A. FIGONE, *Il diritto all'identità personale: spunti e riflessioni critiche*, in *Giur. merito*, 1982, I, pp. 552 ss.; la nota di G.B. FERRI, *Privacy e identità personale*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, pp. 379 ss.; e l'ampia ricognizione di M. DOGLIOTTI, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 657 ss., part. 673 ss. V. anche gli Atti dei Convegni organizzati dal Centro Calamandrei negli ultimi anni: *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa* (Roma, novembre 1978), Milano, 1979; *Il diritto alla identità personale* (Genova, marzo 1980), Padova, 1981; *L'informazione e i diritti della personalità* (Roma, ottobre 1980), Napoli, 1982. È superfluo osservare che il dubbio non concerne la configurabilità, nell'ambito della tutela della personalità, di una protezione dell'interesse identificato con la formula della 'identità personale'; ma piuttosto la tecnica di tutela ad esso congrua, ed in particolare il ruolo di quella ex art. 2043, anche per le ragioni di ordine dommatico esposte da D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, pp. 825 ss.; Id., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 355 ss.; e da O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, pp. 543 ss. La proposta interpretativa tecnicamente più argomentata sembra ancora quella di A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 55 ss.; v. anche T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, pp. 183 ss. Altrettanto nota è la problematica del c.d. danno biologico, e del dubbio di costituzionalità che investe l'art. 2059, ancora non definitivamente risolta dai supremi organi giurisprudenziali (v. Corte cost. nn. 87 e 88 del 26 luglio 1979, in *Giur. Civ.*, 1979, III, p. 121, 123 – e le opposte letture che ne danno A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, *ivi*, 1980, I, pp. 535 ss.; e G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, cc. 9 ss.; Cass. 6 giugno 1981, 3675, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p. 1903; Trib. Genova (ord.), 8 ottobre 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, c. 21). Ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza in M.V. DE GIORGI, *Danno alla persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, pp. 448 ss. Argomentate proposte interpretative in F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, pp. 515 ss.; e in M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, pp. 107 ss. Cauta la posizione di P. RESCIGNO, *La tutela della salute e il danno alla persona*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., pp. IX ss. Maggiore attenzione avrebbe forse meritato, nel dibattito, l'esperienza della Germania federale, che ha avuto il momento più significativo nel «Soraya Beschluss» (*BVerfGE 34* [1974], pp. 269 ss.), con l'affermazione che l'interpretazione giurisprudenziale del § 253 BGB nel senso di ammettere il risarcimento in denaro anche per danni immateriali, in caso di grave lesione del diritto generale della personalità, è «compatibile» con il GG, non potendo seriamente parlarsi, in tale ipotesi, di «commercializzazione» dell'onore (*ivi*, 286). Cfr., sul problema, v. E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, II, Karlsruhe, 1960, pp. 107 ss.; H. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*², Münster, 1967, pp. 349 ss.; G. WIESE, *Der Ersatz des immateriellen Schadens*, Köln, 1964, pp. 37 ss.; J. ESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*⁵, I, 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 130 ss.

La precisa delimitazione, operata da Trimarchi, dei presupposti e dell'ambito di una responsabilità oggettiva per rischio nel nostro sistema positivo, ha condotto ad affermare la vigenza di una generale responsabilità oggettiva dell'impresa per i danni causati nel processo produttivo, con un'operazione ermeneutica che tanto più rende onore alla capacità argomentativa dell'interprete, quanto più labili ne appaiono i rapporti con i dati testuali⁷.

Singolarmente, tuttavia, il fin troppo felice esito del rinnovamento degli anni '60 si accompagna alla persistente incertezza su quello che, come si è ricordato, costituiva invece l'asse portante di quel rinnovamento⁸: l'idea cioè che la riparazione del danno e l'attenzione per la vittima possano esaurire le ragioni dell'istituto e ispirarne l'intera disciplina⁹. Si può dire di più: quell'incertezza non è che uno dei sintomi di un processo complessivo, che si può riassumere, con una parola oggi purtroppo di uso frequente, in termini di «crisi» della responsabilità civile¹⁰.

⁷ Tra i più coerenti assertori di un principio generale in tal senso v. G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, pp. 289 ss.; e C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 548 ss. V. anche, da differenti angolature, U. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976, pp. 48 ss.; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, pp. 167 ss., 237 ss.; e già, in una prospettiva originale, M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, pp. 91 ss. Sul punto v. anche il § seg., n. 37.

⁸ Negli scritti di S. Rodotà e R. Scognamiglio; differente, come si è ricordato, è l'impostazione di P. Trimarchi (v. n. 1; e *infra*, nn. 21 ss.).

⁹ Il punto non è sfuggito ai più avvertiti fautori della tendenza innovativa, e soprattutto a G. Alpa e M. Bessone, della cui abbondante e felice produzione in materia si segnala intanto quella che ne costituisce a tutt'oggi la *summa*, e cioè il cit. vol. del *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, pp. 41 ss. Netta, naturalmente, è la messa in discussione di quell'idea non solo negli autori che ribadiscono la validità del modello tradizionale (soprattutto DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, cit., part. pp. 93 ss.); ma anche in quelli che hanno prospettato in termini culturalmente aggiornati, e anche formalmente nuovi, il ruolo centrale della responsabilità per colpa, collegandolo al principio della atipicità dell'illecito (F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, part. pp. 48 ss.), o hanno convincentemente revocato in dubbio l'idea della unitarietà dell'imputazione per comportamento colpevole (P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, part. pp. 353 ss.).

¹⁰ La constatazione della crisi (e della correlata esigenza di riforma: v. n. 12) è molto diffusa. V. intanto, per le diverse esperienze, P. S. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London, 1980; H.-L. WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, Frankfurt, 1971; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965; Id., *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, in *Arch. Philos. Droit*, 22, Paris, 1977, pp. 5 ss.; A. TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981; L. SÓLYOM, *The Declin of Civil Law Liability*, Alphen Aan Den Rijn-Budapest, 1980.

Crisi paradossale¹¹, certamente. È infatti universale la constatazione di una vera e propria esplosione dell'istituto¹², che si esprime nell'incremento del numero dei ricorsi giudiziari, nell'allargamento a nuove materie, nel crescente interesse teorico che ha condotto ad una bibliografia sterminata, nel succedersi di riforme legislative attuate o progettate. Altrettanto diffusa è però la convinzione che a questa esplosione quantitativa si accompagni non solo e non tanto il declino della responsabilità civile in alcuni campi e settori ad essa tradizionalmente riservati, quanto la assoluta incertezza circa la funzione che l'istituto è chiamato a svolgere¹³. Ed è evidente che in uno

¹¹ VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, cit., p. 16; TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 1.

¹² Anche questa constatazione è ampiamente diffusa. V. gli impressionanti dati sull'aumento del numero e del montante delle azioni di responsabilità relativi soprattutto all'esperienza statunitense, riportati da A. TUNC, *Introduction*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 1, 1974, nn. 3 ss.; aggiornati da TUNC, *La responsabilité civile*, cit., nn. 2 ss. Cfr. anche A. TUNC, *Le spectre de la responsabilité civile*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1978, pp. 1032 ss., sulle conclusioni di uno studio condotto in California. Evidentemente, il fenomeno si riconnette all'incremento delle occasioni di danno nelle società industriali (che però non è forse sufficiente a spiegarlo del tutto), dalla cui constatazione prese le mosse la ricerca di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 21 ss., e che è pure frequentemente richiamato. Per dati statistici, ad es., sugli incidenti da circolazione stradale in Italia v. G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*², I, Milano, 1980, pp. 24 ss. Per le riforme attuate o progettate nei diversi paesi v. TUNC, *La responsabilité civile*, cit.; ID. (diretto da), *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, 1981; ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 230 ss., 355 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 617 ss.; *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 2 vv., a cura del Ministero feder. della Giust., Köln, 1981; H-J. BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, in questo fascicolo della *Riv. crit. dir. priv.*, pp. 181 ss.; A. DI MAJO, *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in questo fascicolo della *Riv. crit. dir. priv.*, pp. 167 ss.; E. WOLF, *Die Überarbeitung des Schuldrechts*, in *Arch. civ. Pr.*, 182 (1982), pp. 80 ss.

¹³ Tradizionale è la constatazione della pluralità di funzioni della responsabilità civile (G. WILLIAMS, *The aims of the law of tort*, in *Curr. Leg. Probl.*, 4 (1951), pp. 137 ss.; H-J. MERTENZ, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart, 1967, pp. 93 ss.; W.L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*⁴, St. Paul, Minn., 1971, pp. 1 ss.; E. DEUTSCH, *Die Zwecke des Haftungsrechts*, in *Juristen Z.*, 1971, pp. 244 ss.; H. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 8, 1972, pp. 8 ss.; ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 294 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 529 ss.; W. VOEGELI, *Funktionswandel des Delikts- und Schadensrecht*, in *Krit. Just.*, 1980, pp. 135 ss.). Più recente è però l'individuazione in tale dato delle ragioni di fondo della 'crisi' dell'istituto: v., variamente, TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 133 ss.; G. EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hung.*, 20 (1978), pp. 23 ss.; ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., pp. 112 ss.; I. ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American*

strumento duttile, largamente disciplinato mediante clausole generali, l'incertezza funzionale si traduce in grave incertezza normativa ed operativa.

Che la crisi della responsabilità civile sia crisi funzionale, da eccesso di *input*, è fin troppo facile rilevare, considerando le domande che ad essa si rivolgono. Punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori, non solo per il tit. IX del l. IV, ma per qualunque sistema positivo.

L'idea della riparazione della vittima del danno rimane così sommersa da una sovrabbondanza «schizofrenica»¹⁴ di fini e di obiettivi, che impedisce di ricondurre l'«esplosione» della responsabilità civile ad una motivazione unitaria, e dunque ad unitari principi operativi¹⁵.

Ed è agevole intendere come la situazione segnalata renda possibili previsioni molto differenti sul futuro dell'istituto, destinato, per alcuni, a declinare fino a ritagliarsi uno spazio residuale rispetto a più efficienti e razionali sistemi di riparazione del danno e di tutela dei diritti, ed invece, per altri, ad assicurare a tecnica privilegiata di una società «mista», né liberale né collettivistica¹⁶.

Al fondo di tale vicenda – e dunque sia dell'esplosione sia della crisi – sono certamente ragioni di grande portata, connesse ai processi generali di trasformazione e crisi di quell'assetto dei rapporti economici, sociali e istituzionali, che si suole definire *Welfare State*. Ma tale risposta è tanto esatta quanto insoddisfacente, per chi non intenda restare al livello della

Tort Theory, in *J. Legal St.*, 9 (1980), pp. 27 ss.

¹⁴ Così J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, 1977, p. 13.

¹⁵ V. ad es. (in ENGLAND, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., p. 29) le otto *policy considerations* ritenute rilevanti da una corte californiana in un caso di *negligence* del 1976.

¹⁶ Cfr. rispettivamente VINEY, *opp. cit.*; e G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, trad. ital. in *Pol. dir.*, 1978, pp. 665 ss. Normalmente le conclusioni sono più perplesse: v. ad es. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, pp. 152 ss.; o ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 464 ss. Significativa è anche l'incapacità della Commissione Pearson sulla responsabilità civile ed il risarcimento delle lesioni personali (il cui *Report*, in 3 volumi, è del 1978), a definire una posizione comune tra le differenti tendenze emerse nel corso dei lavori (dei favorevoli, se non all'abolizione, ad una graduale riduzione del ruolo della *tort action*; dei sostenitori della tesi opposta; e di coloro che chiedono un'ulteriore sperimentazione pratica, prima di decidere il problema in termini generali); cfr. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 623 s.

rilevazione generica, e sia comunque convinto che è pur sempre all'interno di quei processi che si colloca, per quanto è dato capire, l'intero arco di tempo che ci separa dal secolo venturo.

2. Unità dello schema e pluralità delle funzioni

È bene dunque tornare a considerare lo schema unitario prospettato da Rodotà e Scognamiglio, dal punto di vista della ricordata linearità funzionale che lo sottende. Il lato debole, sotto questo profilo, dello schema in questione è costituito appunto dalla inidoneità della funzione riparatoria a dar conto della pluralità dei criteri di imputazione. Pur accettando il venir meno del primato della colpa, rimane da spiegare la ragione per la quale il danno non viene «sempre» risarcito; o meglio, l'insieme di ragioni che inducono l'ordinamento a diversificare i criteri di imputazione della responsabilità.

Se il ristoro della vittima fosse l'unica ragione dell'istituto, rimarrebbe inspiegato, nel quadro sistematico proposto dagli autori ricordati, il motivo per il quale la responsabilità non è ricondotta alla mera causalità materiale.

Se poi la funzione riparatoria viene intesa in senso meno «forte», e quindi come sinonimo di trasferimento o redistribuzione del danno in base a criteri disparati, sembra venir meno l'unitarietà stessa dell'istituto, che pure è invece una delle preoccupazioni centrali degli innovatori¹⁷.

Si intende allora come sia agevole, ad un autore avvertito come Trimarchi, muovere proprio dallo schema (apparentemente) unitario disegnato da Rodotà e Scognamiglio, per riaffermare¹⁸ la propria tesi¹⁹ della irriducibile bipolarità dell'istituto, organizzato intorno alle due categorie – queste sì sostanzialmente unitarie, ciascuna al proprio interno – della

¹⁷ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., cit., 144 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit., pp. 638 ss. V. in proposito gli esatti rilievi di ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 310 s.

¹⁸ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 53, che osserva – rispondendo implicitamente alle critiche mosse alla sua opera precedente (v. n. seg.) – che proprio la molteplicità dei criteri di imputazione impone la ricerca di funzioni ulteriori, rispetto a quella riparatoria.

¹⁹ TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit. Tale studio era stato non a caso diffusamente criticato da RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 174 ss.; e da SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, cit., part. pp. 1113 ss., che ne intendevano la profonda distanza dalla loro idea della funzione unitariamente riparatoria della responsabilità civile.

responsabilità da atto illecito e della responsabilità oggettiva da rischio lecito.

Proprio la previsione positiva di una pluralità di criteri di imputazione sembra infatti confermare che la funzione riparatoria non è sufficiente da sola a spiegare il meccanismo della responsabilità. E tale rilievo viene generalizzato riprendendo l'antica affermazione che la reintegrazione del patrimonio del danneggiato, se elimina il danno per quest'ultimo, non lo elimina certo «per la società», giacché si limita a trasferirne l'incidenza dalla vittima all'obbligato al risarcimento²⁰. Il passo successivo è fin troppo ovvio: alla funzione riparatoria deve accompagnarsi un'altra funzione, che giustifichi la traslazione del danno. E tale ulteriore funzione, in primo luogo, non potrà essere unitaria, dovendosi evidentemente desumere dai criteri positivi di imputazione, che unitari non sono; e, in secondo luogo, diverrà tendenzialmente assorbente rispetto all'altra, in quanto sarà proprio essa, in definitiva, a spiegare l'attivazione, nella fattispecie concreta, del meccanismo della responsabilità.

Tuttavia, se la critica dello schema unitario può apparire in qualche misura persuasiva, anche lo schema bipolare, che si prospetta per sostituirlo²¹, lascia in definitiva insoddisfatti.

Lo schema bipolare presuppone infatti che, nell'area riservata alla responsabilità da atto illecito, il principio della colpa possa continuare a svolgere la tradizionale funzione sanzionatoria e preventiva, che ne costituisce la giustificazione fondamentale²².

Ma diverse ragioni impediscono di aderire pienamente a tale presupposto.

In primo luogo, è la stessa disciplina positiva a revocarlo in dubbio. Già l'idea della sanzione implica la violazione di un precetto²³; e sono ben noti i dubbi sulla estensione e sulla consistenza stessa di un «dovere» di non arrecare danno a terzi²⁴. Inoltre, la colpevolezza, quando rileva, opera

²⁰ TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 53 s.; v. anche ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., p. 531. L'affermazione risale almeno ad O.W. HOLMES (*The Common Law*, rist., Cambridge, Mass., 1963, pp. 76 s.).

²¹ Da noi TRIMARCHI, *opp. cit.*; ed anche COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit.; ma v. già J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München-Berlin, 1941, e STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Paris, 1947.

²² TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 54 s.; ID., voce *Illecito*, cit., p. 52.

²³ SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., 167; N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, 1969, p. 537.

²⁴ Ampiamente per tutti S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, 1958,

esclusivamente come presupposto dell'imputazione, mentre il contenuto²⁵, l'esistenza stessa, dell'obbligazione risarcitoria dipendono esclusivamente dall'esistenza e dalla dimensione di un fenomeno (il danno risarcibile in quanto patrimoniale ed ingiusto) di per sé estraneo allo schema divieto-sanzione²⁶. È possibile certo rispondere prospettando un concetto di

pp. 98 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, pp. 169 ss. D'altronde, la funzione sanzionatoria della responsabilità civile, in quanto strettamente legata alle concezioni imperativistiche (cfr. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, cit., pp. 10 ss.; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, pp. 351 ss.), non consente di spiegare sistematicamente alcuni aspetti della disciplina, come ad es. la responsabilità per colpa dell'incapace (cfr. artt. 2047² e 1227¹; e v. per tutti L. DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, pp. 87 ss.; L. CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, pp. 31 ss.; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, pp. 352 ss.; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., pp. 52 s.).

Va ancora considerata l'incertezza sul punto di incidenza dell'elemento sanzionatorio, che si ripresenta nella dialettica – conosciuta, con varie terminologie, nei diversi ordinamenti (v. la rassegna di J. LIMPENS, R. KRUTHOF, A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Liability for One's Own Act*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 2, 1979, pp. 15 ss.) – tra antiigiuridicità e colpevolezza. L'abbandono dell'idea della sanzione consente invece a S. Rodotà e R. Scognamiglio di coordinare coerentemente, sul piano sistematico, i differenti profili dell'ingiustizia del danno e del titolo dell'imputazione.

²⁵ La soluzione che in qualche modo proporziona il quantum risarcibile all'entità della colpevolezza, com'è noto, è adottata da ordinamenti stranieri (v. però *infra*, nn. 137-140), e può essere auspicata in sede di riforma (v. ad es. RESCIGNO, *La tutela della salute e il danno alla persona*, cit., p. XX; BUNTE, *Sulla programmata rielaborazione del diritto delle obbligazioni*, cit.). Allo stato, tuttavia, il nostro ordinamento accoglie il principio del risarcimento integrale, salvo il concorso della vittima (per una diversa proposta interpretativa, con riferimento al concorso di causa non imputabile, BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., pp. 53 s.). Inoltre, anche le differenti soluzioni prospettate o prospettabili mantengono comunque fermo il danno effettivo come tetto, e parametro di riferimento del risarcimento (YUNG, *Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts*, in *Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium über die Grundlagen und Funktionen des Haftpflichtrechts*, Basel-Stuttgart, 1973, 129; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 32).

²⁶ Il carattere decisivo di tale rilievo (peraltro diffuso: v. ad es. ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., p. 119), che differenzia strutturalmente il c.d. illecito civile dal reato, è stato ben colto dai penalisti (C.F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 88; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, pp. 60 s.), i quali ne deducono l'esistenza di un «diaframma», nello schema del c.d. illecito civile, tra elemento soggettivo ed oggettivo, costituito appunto dal «danno». Solo che di diaframma può evidentemente parlarsi solo con riferimento appunto all'illecito penale, assunto come parametro; laddove il danno appare elemento strutturalmente centrale della (formalmente autonoma) fattispecie di responsabilità civile.

Piuttosto, questa peculiarità strutturale esprime un ulteriore elemento di contraddizione (EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 31) tra le diverse

sanzione del quale non sia connotato essenziale la proporzionalità del male inflitto alla gravità della violazione²⁷. Ma in tale modo la questione diviene poco più che terminologica, dal momento che ad una nozione così residuale della sanzione difficilmente può assegnarsi l'ambizioso compito di dar conto della ragion d'essere dell'istituto.

Quanto poi alla prevenzione²⁸, difficilmente può considerarsi oggi funzione effettivamente e generalmente propria della intera area coperta dalla responsabilità per colpa. In primo luogo, l'accertamento giudiziale della colpa avviene oramai dovunque secondo criteri astratti e rigorosi²⁹, particolarmente nelle ipotesi di «inosservanza di leggi, regolamenti,...»³⁰. La nozione «oggettiva» di colpa, che rientra nella generale tendenza alla «standardizzazione» delle regole del diritto contemporaneo³¹, rende molto dubbia l'efficacia deterrente della responsabilità civile³². A tale esito concor-

funzioni della responsabilità civile, ed in particolare, qui tra quelle riparatoria e preventiva.

Né pare sufficiente, in senso contrario, lo sforzo costruttivo che qualifica l'atto colpevole come illecito, pur in mancanza (per difetto dell'evento dannoso) dell'effetto sanzionatorio (CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., pp. 391 ss.). L'affermazione che, in tale ipotesi, l'ordinamento «rinuncia ad applicare la sanzione» (*ivi*, 394), appare invero alquanto artificiosa.

²⁷ TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., p. 108; CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 513 (che peraltro sottolinea il differente ruolo della «pena» nelle aree, rispettivamente, del dolo e della colpa; *ivi*, 505). V. invece BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., p. 539.

²⁸ Per la quale cfr. per tutti WILLIAMS, *The aims of the law of tort*, cit., pp. 144 ss.; G. MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 162 (1963), pp. 45 ss.; MERTENZ, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, cit., pp. 94 ss.; e soprattutto A.V. LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit des Rechtswissenschaft*, II, 1, Berlin-Leipzig, 1936, pp. 283 ss. Sulla funzione preventiva ed educativa della responsabilità civile negli ordinamenti socialisti v. *infra*, § 6.

²⁹ L. GREEN, *Judge and Jury*, Kansas City, 1930, pp. 153 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 168 ss.; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, cit. pp. 421 ss.; M.A. MILLNER, *Negligence in Modern Law*, London, 1967, p. 17; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1979, pp. 222 ss.; TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 102 ss.; E. DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, Köln, 1963, pp. 326 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 54 ss.; ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 290 ss.; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 s.; F.H. LAWSON, B.S. MARKESINIS, *Tortious liability for unintentional harm in the Common law and the Civil law*, I, Cambridge, 1982, pp. 142 ss.

³⁰ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp. 2 ss.

³¹ V. per tutti M. REHBINDER, *Sociologia del diritto*, trad. it., Padova, 1982, pp. 120 ss., 138.

³² Cfr. ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., pp. 114 ss.; TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 139 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 556 ss. V. anche

re poi la riconduzione nell'area della colpa del c.d. errore, statisticamente inevitabile, nelle condizioni di vita attuali, per qualunque buon padre di famiglia³³. Ed è stato infine da tempo segnalato il ruolo decisivo che svolge, nella stessa direzione, l'assicurazione del responsabile³⁴, al punto che, per salvaguardare i tradizionali connotati funzionali della responsabilità, se ne è prospettato il divieto nell'area di operatività del criterio della colpa³⁵.

Indubbiamente, in determinati campi, la responsabilità per colpa conserva una funzione preventiva³⁶. È anche certo però che i rilievi ora svolti,

infra, nn. 127-129, per le conclusioni che ne trae EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 ss., sulla sdrammatizzazione del conflitto tra colpa e responsabilità oggettiva, avvalorate del resto dalla nostra giurisprudenza in tema di «colpa» del produttore (cfr. ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 222 ss.).

³³ Cfr. ampiamente TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 114 ss., 136 ss.; v. anche ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 479 s.; P. CANE, *Justice and Justifications for Tort Liability*, in *Oxford J. Leg. St.*, 2 (1982), pp. 47 s.; e gli aa. citt. alla n. 29. È difficile pertanto aderire in via generale al giudizio secondo cui la responsabilità per colpa può ancor oggi considerarsi «a misura d'uomo» (BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., p. 50).

³⁴ WILLIAMS, *The aims of the law of tort*, cit., p. 165; G. EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 740; E. DEUTSCH, *Grundmechanismen der Haftung nach deutschen Recht*, in *Deutsch-französisch-schweizerisches Colloquium*, cit., p. 85; S. STOLJAR, *Accidents, Cost, and Legal Responsibility*, in *Mod. L. Rev.*, 36 (1973), pp. 237 s.; ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., pp. 118 s.; VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., p. 191; ID., *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, cit., p. 7, 11; TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 140; ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., p. 28; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 226 ss., 283 ss.; CANE, *Justice and Justifications for Tort Liability*, cit., p. 46. Diversamente già LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit des Rechtswissenschaft*, cit., pp. 307 s.; e TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 54 n. 3 (che ha però successivamente mutato opinione: ID., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1981, pp. 160 s.).

³⁵ V. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 489 n. 94, per una rassegna del dibattito; di recente BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., p. 61; per il diritto dei paesi socialisti v. *infra*, nn. 131-133.

³⁶ Non si intende, in altri termini, negare in via generale che la responsabilità per colpa possa svolgere, soprattutto in alcuni campi (come la concorrenza, o la violazione dei diritti della personalità: cfr. TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 135 s.) una funzione preventiva; ma solo revocare in dubbio che questa funzione abbia una valenza così generale e pervasiva, da poter essere assunta a fondamento unitario, insieme al profilo riparatorio, dell'intera area coperta dal criterio della colpa. Tanto più quando si consideri, da un lato, che in un senso depurato da riferimenti psicologici e soggettivi (quale oggi si impone) la prevenzione può considerarsi generalmente rilevante per ogni forma di responsabilità (ESSER, SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., pp. 124 s.; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 33 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the*

in assenza di meccanismi positivi che correggano l'incidenza dei fenomeni segnalati, impediscono di porre quella funzione a fondamento di un peculiare istituto di responsabilità per atto illecito, coestensivo all'ambito operativo della colpa e parallelo ad una responsabilità da rischio lecito.

D'altronde, anche il secondo polo dell'alternativa (la responsabilità oggettiva per rischio) appare funzionalmente lineare ed unitario solo sul piano della coerenza logica interna alle ricostruzioni dottrinali, talvolta molto attraenti, che lo prospettano. L'incompatibilità, da tempo segnalata³⁷, di tali ricostruzioni con il dato positivo non discende solo, in effetti, dall'incoerenza o immaturità del legislatore del 1942, ma anche dalla inidoneità dei criteri di efficienza economica ad esaurire l'arco funzionale della responsabilità civile negli ordinamenti contemporanei³⁸.

Ma vi è un dato ancora più significativo da segnalare, in questa sommaria ricognizione delle cause di crisi funzionale dell'istituto. La stessa finalità riparatoria della responsabilità civile è oggi molto meno chiara di qualche anno or sono. In primo luogo, emergono con sempre maggiore evidenza le conseguenze della introduzione di altre modalità di «riparazione» dei danni, e soprattutto di quelle aventi carattere «sociale»³⁹. Certamente la

Law, cit., pp. 577 ss.); e, dall'altro, che un significato qualitativamente diverso e peculiare tale funzione assume, all'interno dell'area della colpevolezza, nelle ipotesi di imputazione per dolo (o per colpa grave): cfr. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 491 ss.

³⁷ SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa*, cit., part. pp. 1104 ss.; RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, cit., pp. 43 ss. Né pare sufficiente, in contrario, il collegamento dell'art. 2049 con gli artt. 2082, 2263, 2265 (ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 395 s.). La rilevanza giuridica dell'impresa, ex art. 2082, può al più condurre alla conclusione che una peculiare responsabilità per i danni d'impresa sarebbe astrattamente compatibile con il sistema del codice, ma non che sia effettivamente sancita. Quanto alle altre norme citate, esse si limitano ad esplicitare il principio (della cui effettiva operatività si potrebbe peraltro dubitare!) che l'imprenditore non può sottrarsi alle perdite derivanti dall'esercizio dell'impresa; ma non dicono quando il danno causato dal processo produttivo debba imputarsi all'impresa, divenendo così giuridicamente «perdita». Diverso e più complesso discorso andrebbe svolto per il riferimento al principio costituzionale di solidarietà (un accenno in ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., p. 497; ampiamente CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 595 ss., 774 ss.). Discorso che ci consenta di rinviare ad altra occasione, nel quadro di un riesame complessivo del rapporto tra norme costituzionali e regole di responsabilità civile.

³⁸ V. *infra*, § 4.

³⁹ Cfr. J.G. FLEMING, *Collateral Benefits*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 11, p. 1971; PARADISO, *Il danno alla persona*, cit., pp. 269 ss.; e soprattutto ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 443 ss.

struttura del giudizio di responsabilità rimane formalmente inalterata. C'è da dubitare però che altrettanto possa dirsi per il concreto funzionamento di esso⁴⁰.

In secondo luogo, non sempre il profilo riparatorio appare coerente con il valore sociale che ne è alla base, e cioè la protezione dei consociati dalle incrementate occasioni di danno nelle società contemporanee. È da tempo segnalata la sempre più frequente discrasia tra gravità della colpa ed entità del danno causato⁴¹. A tacere dei rilevanti problemi che ne discendono per la questione del concorso della vittima⁴², c'è da notare che ne emerge anche un aspetto diverso, attinente alla protezione dello stesso autore del danno rispetto ad una responsabilità sproporzionata al suo comportamento⁴³. Quali che siano le soluzioni prospettabili *de lege ferenda*⁴⁴, pare indubbio che in queste ipotesi l'esigenza solidaristica sia quanto meno bivalente, e non si esaurisca in una considerazione della vittima del danno che trascuri del tutto la posizione del responsabile.

Infine, la stessa espressione «risarcimento del danno» risulta carica di interrogativi. Appare chiara l'insoddisfazione per la tradizionale identificazione del «danno» con la differenza patrimoniale negativa. Meno chiara è la definizione alternativa, che consenta di delineare una nozione positiva di danno, idonea a fungere da presupposto dell'obbligazione risarcitoria⁴⁵. L'incertezza si riflette sull'altro termine dell'espressione. L'essenza del «risarcimento»⁴⁶ risiede nel pagamento dell'equivalente, o nella restaurazione della situazione preesistente, o, più genericamente, in una qualche forma

⁴⁰ L'esistenza di un'assicurazione in capo ad una o a entrambe le parti non è in concreto priva di incidenza sullo svolgimento del giudizio e sugli stessi criteri per la decisione (v. FLEMING, *Collateral Benefits*, pp. 51 s.; WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 139 ss., 410 ss.; VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, cit., pp. 11 ss.; LAWSON, MARKESINIS, *Tortius liability for unintentional harm in the Common law and the Civil law*, cit., pp. 64 ss.).

⁴¹ V. ad es. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 89 ss.

⁴² V. per tutti G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pp. 460 ss.; DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., pp. 33 ss.

⁴³ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 51 ss.

⁴⁴ V. *supra*, n. 25; ed *infra*.

⁴⁵ È questo un tema centrale (anzi, forse, il vero tema centrale) dell'odierna problematica della responsabilità civile. La complessità di esso, e la varietà delle soluzioni prospettabili, risulterà ad es. dalla consultazione dei capp. 8, 9, e 10 del v. XI (*Torts*) della *Int. Enc. Comp. Law*.

⁴⁶ Alle considerazioni svolte nella n. precedente si può aggiungere il rinvio, per quesiti analoghi a quello sollevato nel testo, a TUNC, *La responsabilité civile*, cit., 142 ss.; o ad ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 534 ss., 550 ss.

di compensazione, ristoro, soddisfazione della vittima?

3. *Alla ricerca di una funzione unitaria*

Il quadro estremamente problematico che si è delineato ha indotto, come spesso avviene in casi simili, a prospettare una drastica semplificazione, che riconduca ad unità il sistema della responsabilità civile. Tale tendenza si è espressa con grande vigore, nell'ultimo decennio, nell'esperienza nordamericana, attraverso l'opera di una dottrina variamente impegnata al fine di delineare un modello ottimale ed unitario dell'istituto.

Sia la teoria economica di Posner, sia le teorie, fondate sull'idea di giustizia correttiva, di Fletcher ed Epstein, in effetti⁴⁷, si spiegano come tentativi di dare una risposta in termini generali alla crisi della responsabilità civile, definendone un modello «ottimale», in quanto razionalmente fondato su un'unica idea-base. Il principio unificatore dovrebbe infatti consentire di ricondurre ad unità i molteplici *inputs* che si sono ricordati (*supra*, § 2).

In tal senso, e nonostante la radicale diversità dell'approccio, entrambe le dottrine appaiono espressione della fiducia circa la possibilità di elaborare, ancora oggi, sistemi di relazioni interprivate dotati di un elevato livello di astrazione, e capaci al tempo stesso di prospettare concrete soluzioni operative⁴⁸. È difficile dubitare delle implicazioni ideali di tale metodo,

⁴⁷ Queste teorie, e soprattutto quella di R.A. Posner, sono conosciute e discusse nella nostra cultura giuridica (v. G. ALPA, *Aspetti e tendenze attuali della responsabilità civile*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Genova*, 1977, pp. 418 ss.; e il volume collettivo *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1982, con i saggi, già apparsi in altri luoghi, di G. Alpa, S. Rodotà, M. Bessone, R. Pardolesi, G. Ferrarini, M. Cassottana). Va poi naturalmente ricordato l'autonomo e originale contributo che a tale prospettiva hanno dato TRIMARCHI, a partire da *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit.; e CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., con particolare riferimento alle tesi di G. Calabresi, sulle quali v. *infra*, nn. 63 ss. Le dottrine richiamate nel testo saranno qui discusse sotto il particolare angolo visuale dato dalla verifica della loro idoneità a fornire una risposta unitaria e convincente alla 'crisi' della responsabilità civile.

⁴⁸ Cfr. A.A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, in *Va. L. Rev.*, 60 (1974), 453 ss.; ID., *Law and*, in *Yale L. J.*, (87) 1978, pp. 989 ss.; ma l'osservazione è diffusa: di *New Conceptualism* parla G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven-London, 1977, p. 108; mentre ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 30 s., propone un parallelo con i pandettisti. Del resto, è lo stesso R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 190, a definire «un sistema di logica deduttiva», la sua teoria economica del diritto.

legate, nell'uno e nell'altro caso, a una concezione individualistica del diritto privato e ad una critica, più o meno esplicita, delle istituzioni del *Welfare State*⁴⁹. Ma, naturalmente, tale rilievo non esime da un esame più ravvicinato.

4. *L'efficienza economica*

Per Posner⁵⁰, il modello ottimale di responsabilità civile va costruito intorno a criteri di efficienza economica, nei quali vengano assorbiti tutti gli altri profili funzionali, concernenti la riparazione del danno⁵¹, o la «giustizia», o la valutazione etica del comportamento. Il risarcimento ha un senso se vi sia stata violazione del «concetto di giustizia come efficienza»⁵²; il giudizio di colpevolezza implica una «riprovazione morale» proprio in quanto (e solo se) si dimostri l'esistenza, per l'agente, di un'alternativa più economica al (costo dell') incidente⁵³.

La funzione economica assorbe ogni altra funzione ipotizzabile per il giudizio di responsabilità, per una ragione che attiene più in generale al modo di concepire il rapporto tra economia e diritto. Il mercato è considerato infatti il modello ottimale di organizzazione sociale; di conseguenza, il diritto deve limitarsi al ruolo di strumento per garantire l'allocatione delle risorse più efficiente (in quanto tale da rendere massima la ricchezza),

⁴⁹ V. in generale M.J. HORWITZ, *The Rise of Legal Formalism*, in *Am. J. Legal Hist.*, 19 (1975), p. 251; e in particolare ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., p. 68.

⁵⁰ POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit.; ID., *A Theory of Negligence*, in *J. Legal Stud.*, 1 (1972), pp. 29 ss.; ID., *Strict Liability: A comment*, *ivi*, 2 (1973), pp. 205 ss.; ID., *Killing or Wounding to Protect a Property Interest*, in *J. Law and Econ.*, 14 (1971), pp. 201 ss.; ID., *The Economic Approach to Law*, in *Texas L. Rev.*, 53, (1975), pp. 757 ss.; ID., *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, in *J. Legal Stud.*, 9 (1980), pp. 243 ss.; ID., *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, *ivi*, 10 (1981), pp. 187 ss.; ID., *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass.-London, 1981; W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, in *Ga. L. Rev.*, 15 (1981), pp. 851 ss.

⁵¹ Considerato invece attentamente da altri studiosi che pure si ispirano prevalentemente a criteri economici, come TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., pp. 134 ss.; o ne tengono comunque ampiamente conto, come ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 529 ss.

⁵² POSNER, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit., p. 201; e più ampiamente ID., *The Economics of Justice*, cit.

⁵³ POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 33.

correggendo le c.d. esternalità e le altre distorsioni che possono verificarsi rispetto all'allocazione di risorse operata dal mercato⁵⁴.

Se concepito e applicato correttamente, il principio della colpa è, secondo questa teoria, idoneo a realizzare tale finalità⁵⁵. Il giudizio di colpevolezza, infatti, consente di individuare il soggetto che avrebbe potuto impedire l'evento dannoso con il costo minore; e, di conseguenza, di incentivare l'adozione delle misure meno costose idonee ad evitare il danno, e quindi di rendere massimo il valore complessivo delle attività coinvolte.

Per Posner, inoltre, non solo così dovrebbe essere, ma anche così sostanzialmente è. In altri termini, la giurisprudenza effettivamente praticata può essere correttamente intesa sulla base del presupposto che i giudici decidono le controversie cercando appunto – per lo più in modo intuitivo, senza una precisa consapevolezza – di perseguire obiettivi di *wealth maximization*⁵⁶.

La teoria di Posner si rivela così una curiosa commistione di descrizione (dei criteri effettivamente seguiti dai giudici) e di prescrizione (dei criteri che si dovrebbero seguire, per allocare le risorse nel modo più efficiente)⁵⁷.

Che tale teoria sia uno strumento adeguato di descrizione delle decisioni dei giudici di *common law*, è questione che qui meno interessa, e comunque meno facilmente verificabile da un osservatore esterno. Basti ricordare che l'assunto è stato efficacemente contestato⁵⁸.

Decisive sono però le critiche mosse all'aspetto prescrittivo del discorso di Posner. In primo luogo, l'analisi economica del diritto può considerarsi

⁵⁴ È questa l'idea di fondo di Posner, esposta nella II parte dell'*Economics Analysis of Law*, cit.; e sintetizzata come nel testo in *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit., p. 201.

⁵⁵ POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., pp. 40 ss.; ID., *Economic Analysis of Law*, cit., p. 179; ID., *Strict Liability: A comment*, cit., p. 205.

⁵⁶ POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., pp. 33 ss.; W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Salvers, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers*, in *J. Legal Stud.*, 7 (1978), pp. 83 ss.; in generale POSNER, *The Economic Approach to Law*, cit., pp. 763 s. In tal senso l'analisi economica sarebbe una «theory of what the Common Law is» (ID., *The Economics of Justice*, cit., p. 48).

⁵⁷ L'interferenza tra enunciati cognitivi e prescrittivi non è del resto un'esclusiva di Posner: v. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 143 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, part. pp. 61 ss., 387 ss. Molto utili i rilievi di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Studi in onore di Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, pp. 329 ss., part. 340 ss.

⁵⁸ V. per tutti R.M. DWORKIN, *Is Wealth a Value?*, in *J. Legal Stud.*, 9 (1980), pp. 219 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 594 ss.; C.K. ROWLEY, *Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories*, in *Oxford J. Leg. St.*, 1 (1981), pp. 403 ss.

un sistema di logica deduttiva⁵⁹ solo nello stesso senso con il quale tale definizione può predicarsi per tutti i sistemi valutativi. In altri termini, la razionalità delle deduzioni discende dall'accettazione del postulato da cui muove l'argomentazione. Il postulato, nel nostro caso, risiede nell'assunzione dell'obiettivo di rendere massima la ricchezza, come finalità assorbente ed esclusiva della regolazione giuridica. Chi non ritenga che quell'obiettivo sia desiderabile sempre e comunque, non ha alcuna ragione di accettarne tutte le implicazioni. Siamo in presenza, in altri termini, di un giudizio di valore, e non di ragione, giacché – com'è stato chiarito in modo definitivo da Dworkin⁶⁰ – non è possibile dimostrare razionalmente che una società

⁵⁹ Così POSNER, *The Economic Analysis of Law*, cit., p. 190.

⁶⁰ DWORKIN, *Is Wealth a Value?*, cit., pp. 191 ss. (v. anche la replica di POSNER, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, cit.; e la controreplica di DWORKIN, *ivi*, pp. 223 ss.). Gli argomenti addotti da Dworkin nella critica all'applicazione giuridica dell'utilitarismo economico, e in particolare della versione posneriana, paiono difficilmente controvertibili. Naturalmente – come spesso avviene – la parte costruttiva del suo discorso (v. i saggi raccolti in R.M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, in gran parte tradotti in ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; e, più di recente, ID., *What is Equality*, in *Philos. Pub. Aff.*, 10 [1981], pp. 185 ss., 283 ss.) è meno convincente di quella critica. Difficilmente, comunque, egli può essere ricondotto – come spesso avviene – tra i critici «da destra» del *Welfare State*. La polemica con Posner – questi sì critico «da destra» (cfr. per tutti, sotto questo profilo, I. ENGLAND, *The Failure of Economic Justice*, in *Harv. L. Rev.*, 95 (1982), pp. 1162 ss.) – non è priva di significato. Ma non è certo questa la sede per una tale discussione: qui interessava recepire la critica di Dworkin, alla pretesa del modello posneriano di costituire un modello oggettivamente 'ottimale' di responsabilità civile. Si vedano comunque E.L.A. HART, *Tra utilità e diritti*, trad. it., in *Sociol. Dir.*, 1979, pp. 1 ss.; i saggi di Bartole, Rebuffa e Carriò in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, 1980; G. REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, Introduzione a DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit.; e A. PINTORE, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982. D'altronde, gli argomenti critici di Dworkin, rispetto a Posner non sono certo isolati (e possono del resto essere ricondotti in parte alla risalente prospettiva di J.R. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, trad. it., Bologna, 1982). V. WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 488 s.; LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 477 ss.; N. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrecht*, in *Arch. Civ. Pr.*, 176 (1976), pp. 330 ss.; A.M. POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product*, in *Harv. L. Rev.*, 87 (1974), pp. 1655 ss.; C.E. BAKER, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, in *Philos. Pub. Aff.*, 5 (1975), pp. 3 ss.; ALPA, *Aspetti e tendenze attuali della responsabilità civile*, cit., pp. 452 ss. (ripreso negli scritti successivi in argomento di questo a.); ENGLAND, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 51 ss.; A.T. KRONMAN, *Wealth Maximization as a normative Principle*, in *J. Legal St.*, 9 (1980), pp. 227 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 577 ss.; ROWLEY, *Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories*, cit., pp. 399 ss. Per la posizione di Calabresi

più ricca sia per ciò stesso necessariamente «migliore».

In secondo luogo, il criterio della colpa, come prospettato da Posner, è dotato di un notevole grado di astrazione, che ne rende molto difficile la traduzione operativa. Nel caso concreto, il computo dei costi di prevenzione (per entrambe le parti), da confrontare con il costo dell'incidente, non solo pone problemi di informazione che possono essere estremamente complessi, ma soprattutto non può essere operato su basi esclusivamente economiche. Esso presuppone infatti che sia già risolto il problema della esigibilità, e cioè del tipo di comportamento da considerare idoneo ad evitare l'incidente⁶¹. È ovvio che solo l'individuazione del comportamento esigibile consente di computarne il costo; ma tale valutazione richiede canoni direttivi di ordine generale, che non possono desumersi – direttamente o indirettamente – che da decisioni collettive, e comunque trascendenti il caso concreto⁶².

D'altronde, l'impossibilità di esaurire la revisione dell'istituto in una razionalizzazione operata secondo criteri di efficienza economica è uno degli esiti più interessanti dell'itinerario teorico di Calabresi⁶³.

v. *infra*, testo e nn. 63 ss. Per le repliche di Posner v., oltre gli scritti già citati, R.A. POSNER, *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 46 (1979), pp. 281 ss.; ID., *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, in *J. Legal St.*, 8 (1979), pp. 103 ss.; ID., *The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, in *Hofstra L. Rev.*, 8 (1980), pp. 487 ss.

⁶¹ POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product*, cit., pp. 1676 ss.; ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 54 s.

⁶² ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 55 s. Ciò anche perché una soddisfacente analisi costi-benefici non può trascurare gli effetti per i terzi (CANE, *Justice and Justifications for Tort Liability*, cit., pp. 43 s.). Più in generale, sulle difficoltà pratiche di tale analisi, ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 582 s.

⁶³ G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *Yale L. J.*, 70 (1961), pp. 499 ss.; ID., *The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs*, in *Harv. L. Rev.*, 78 (1965), pp. 713 ss.; ID., *Faults, Accidents and the Wonderful Word of Blum and Kelven*, in *Yale L. J.*, 75 (1965), pp. 216 ss.; ID., *Transaction Costs, Resource Allocation, and Liability Rules: A Comment*, in *J. Law Econ.*, 33 (1968), pp. 67 ss.; ID., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, trad. it., Milano, 1975; G. CALABRESI, J.T. HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, in *Yale L. J.*, 81 (1972), pp. 1055 ss.; G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 85 (1972), pp. 1089 ss.; G. CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, in *Yale L. J.*, 84 (1975), pp. 656 ss.; ID., *Concerning Cause and the Law of Torts*, in *U. Chi. L. Rev.*, 43 (1975), pp. 69 ss.; ID., *La responsabilità civile come diritto della società mista*, cit.; G. CALABRESI, PH. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1977.

Al di là della vivace polemica, e delle indubbie differenze, la formulazione originaria della teoria del «costo degli incidenti» ha molti punti di contatto con l'elaborazione di Posner⁶⁴. In definitiva, la c.d. deterrenza generale o di mercato è la funzione peculiare ed esaustiva assegnata alla tecnica della responsabilità civile, quando ad essa sia opportuno ricorrere. L'argomentazione critica, rispetto al criterio della colpa, che conduce a preferire l'imputazione della responsabilità, a titolo oggettivo, al *cheapest cost avoider*, non presuppone canoni metodologici differenti sostanzialmente da quelli posneriani.

La considerazione dei valori non economici, dei fattori emotivi e morali, della «giustizia», appare, nella prima fase della riflessione di Calabresi, piuttosto un limite, da tener presente per definire ciò che può essere fatto per ridurre i costi, che un elemento funzionalmente interno al giudizio di responsabilità⁶⁵.

Del resto, sulla praticabilità operativa della teoria del «costo degli incidenti» sono leciti gli stessi dubbi avanzati per la teoria della colpa di Posner. È dubbia, anzitutto, l'efficacia deterrente di un sistema di responsabilità fondato sulla comparazione dei costi, che presuppone una razionalità economica dell'agire umano non facilmente suffragata già dal senso comune⁶⁶. Né è agevole intendere da chi, come e in che momento debba essere individuato⁶⁷ quell'importante personaggio che è il *cheapest cost avoider*, o, per

⁶⁴ Così ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., p. 53, che, di conseguenza, si stupisce per la aggressività delle critiche reciproche.

⁶⁵ CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 47 ss. (e soprattutto 47, n.1), 346 ss. Sono quindi comprensibili critiche come quelle di WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 458 ss., 505 ss.; o di ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 307 s.; e in genere v. n. 60.

⁶⁶ Non pacifici sono il postulato per il quale in una società libera ognuno sa ciò che è «bene» per lui, e quello secondo cui il mercato opera effettivamente in modo tale che le preferenze del consumatore si riflettano sui prezzi dei beni; senza considerare poi il vasto settore sottratto al mercato nelle economie odierne (per questi argomenti v. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 607 ss.). Più in generale, il rapporto tra *deterrence* di mercato e *deterrence* amministrativa, nonché l'individuazione delle attività alle quali applicare i criteri prospettati, sono estremamente complessi, e difficilmente traducibili in termini operativi. V. soprattutto ancora ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 577 ss.; e l'analisi critica, ampia e convincente, di ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 40 ss. Un accenno in ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 315 s.

⁶⁷ In un primo tempo, C. sembra preferire il ricorso a categorie prestabilite, piuttosto che ad una valutazione caso per caso (CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., p. 275). Successivamente, con riferimento alla responsabilità del produttore, sembra

usare la formulazione più recente, il soggetto che è nella migliore posizione per effettuare l'analisi costi-benefici tra i costi dell'incidente e i costi che consentano di evitarlo⁶⁸.

Ma qui interessa piuttosto segnalare le successive e più recenti riflessioni di Calabresi, caratterizzate da una progressiva perdita di centralità dei criteri di efficienza economica e dell'obiettivo della riduzione dei costi monetizzabili. Dapprima, la finalità equitativa viene collocata sullo stesso piano – e non più come limite – rispetto a quella deterrente⁶⁹. Successivamente, si ammette con franchezza che, per tale via, è possibile presentare «informazioni» al giudice, piuttosto che «argomenti» prescrittivi; giacché l'efficienza economica è solo uno dei possibili parametri di valutazione della regolazione giuridica, mentre l'innesto di finalità equitative o distributive introduce un elemento soggettivo, un giudizio di «desiderabilità», la cui capacità prescrittiva è evidentemente subordinata all'accettazione del «punto di vista» adottato⁷⁰.

In tal modo, a quanto sembra, il criterio dell'efficienza economica è collocato nella sua più congrua dimensione metodologica, e può essere quindi recepito come corretto argomento interpretativo anche in sistemi come il nostro⁷¹.

orientato diversamente (CALABRESI, HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, cit., p. 1068). Per le difficoltà operative che ne discendono v. POSNER, *Strict Liability. A Comment*, cit., pp. 214 s.; ENGLAND, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 43 s.; ALPA, BESSONE, in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., pp. 40 s. Adesivo sembra invece CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 645 ss.

⁶⁸ Per la prima formulazione v. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 183 ss.; per la seconda, e successiva, CALABRESI, HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, cit., p. 1060; e, più recisamente, CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, cit., p. 666.

⁶⁹ Cfr. già CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, cit., pp. 1111 s.; più nettamente CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts*, cit., p. 73; con grandi aperture ID., *La responsabilità civile come diritto della società mista*, cit., e CALABRESI, BOBBITT, *Tragic Choices*, cit., opere nelle quali è superato il valico che separa l'analisi positiva dalla filosofia del diritto. L'evoluzione del pensiero di C. pare profonda e sostanziale, e non una mera «chiarificazione» di quanto già esposto nell'elaborazione della teoria del costo degli incidenti (così invece CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 615).

⁷⁰ G. CALABRESI, *Prefazione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit., pp. IX ss. Per un esemplare svolgimento del rapporto tra prevenzione di mercato ed altre esigenze v. ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 603 ss.

⁷¹ Il superamento di preconcepite ostilità di settori della nostra cultura giuridica nei confronti dell'argomento economico è giustamente auspicato da P. TRIMARCHI, *Il giurista*

In effetti, l'opposta pretesa, di esaurire nella dimensione economica la funzione e la disciplina stessa della responsabilità civile, non appare condivisibile, quanto meno nel nostro sistema, per più di una ragione.

In primo luogo – per riprendere in forma conclusiva i rilievi già formulati – la razionalizzazione della disciplina secondo criteri di efficienza, sulla base del calcolo costi-benefici, può riguardare solo beni economici; quelli cioè che, nelle condizioni date di un sistema determinato, siano presenti sul mercato sotto forma di merce. Beni che non abbiano tale carattere, ed in generale valori strutturalmente non economici, sono evidentemente estranei ad un'analisi di questo tipo, e ne postulano quindi – quanto meno – una non semplice integrazione⁷².

nella società industriale, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, part. pp. 45 s. Meno convincente è la radicale contrapposizione tra un deteriore solidarismo predicato da giuristi ideologizzanti (che si tradurrebbe in innovazioni legislative tanto eversive quanto inefficaci e perniciose), e un'analisi scientifica che privilegi il valore dell'efficienza ed il mercato, come luogo di mediazione ottimale delle relazioni sociali. Il compito del giurista contemporaneo è forse un po' più complesso, e l'alternativa meno semplice, se si ammette che «quella economica non è la sola via» (ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 610; c.v. di A.). Il giusto recupero dell'efficienza come valore non sembra potersi tradurre in una fondazione della regolazione giuridica solo su parametri economici, e tanto meno solo sui parametri di mercato. Il rapporto storicamente determinatosi, ed effettivamente operante, tra Stato e mercato nelle società industriali contemporanee, ed in particolare in quella italiana, non è traducibile in termini di sopraffazione del primo sul secondo (v. per tutti V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, *Dall'Unità ad oggi*, I, Torino, 1975); trascurarne la complessità significa correre il rischio di cadere in un nuovo dommatismo, né più idoneo a descrivere la realtà ordinamentale, né più capace di indicazioni operative, di quello vecchio (v. anche *supra*, nn. 48 e 49). D'altra parte, le indicazioni in positivo di TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, cit., p. 51, con il richiamo alla scienza economica come «metodo per la razionale soddisfazione delle preferenze del corpo sociale, siano esse materiali o ideali», sono invece condivisibili, a differenza delle argomentazioni polemiche prima ricordate.

⁷² REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, cit., p. 25; cfr. WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 488 s.; LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 477 ss.; HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrecht*, cit., pp. 370 ss.; R. WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz*, in *Festschrift Kaiser*, Tübingen, 1974, pp. 217 ss.; ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., p. 612; C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, pp. 395 ss.; e v. *supra*, nn. 60-62. A conclusioni non poi molto dissimili perviene, come si è accennato, TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, cit., pp. 50 s.; con conseguenze non prive di riflessi operativi, come potrà constatarsi a proposito della disciplina delle immissioni, con il passaggio da un'analisi attenta solo al profilo economico (Id., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 347 ss.), alla sottolineatura dell'esigenza invece di un'adeguata considerazione anche di interessi non valutabili in termini monetari (Id.,

In secondo luogo, perché l'analisi economica assuma dimensione giuridica, e quindi precettiva, occorre individuare la ragione (anch'essa giuridico-normativa, e quindi non desumibile dalla stessa scienza economica) che imponga di risolvere il conflitto tra danneggiante e vittima (che è un conflitto interindividuale) con criteri ulteriori, rispetto a quelli che si limitino all'obiettivo di restaurare la situazione preesistente all'evento lesivo⁷³.

Ed infine, una ragione positiva occorre anche per definire il ruolo e lo spazio che, all'interno di tali criteri, va dato alla finalità di una più efficiente allocazione delle risorse.

Naturalmente, si è ben lontani dal sostenere che tali questioni non possano essere risolte positivamente, e dal respingere quindi l'ausilio che all'interprete può venire dall'analisi economica. Si vuol dire, però, che – in un sistema come il nostro, caratterizzato da una precisa gerarchia delle fonti – l'interprete non può prescindere, nella traduzione normativa dell'analisi economica del diritto, dal dato testuale⁷⁴; e che non può presupporre sempre e comunque – in assenza di indici normativi in tal senso – la congruità tra la norma positiva e la norma che sarebbe opportuno dettare sulla base di quell'analisi⁷⁵.

La prospettiva dell'efficienza economica non è quindi sufficiente ad esaurire funzionalmente la responsabilità civile, anzitutto per ragioni

Istituzioni di diritto privato, cit., p. 541). Va piuttosto ribadito che il metodo economico può funzionare rigorosamente solo a fronte di beni che siano merci, giacché può conoscere solo quelle preferenze «that are backed up by money, that is, that are registered in a market» (POSNER, *Economics of Justice*, cit., p. 61). Oltre tale campo, l'analisi economica non può comunque essere esaustiva, e può fungere solo da strumento ausiliario di un discorso ben più complesso.

⁷³ Cfr. ENGLAND, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 47 ss. Come si vedrà tra breve, queste considerazioni aprono la strada a teorie unitarie della responsabilità civile perfettamente simmetriche a quelle fondate sull'analisi economica, sostituendo all'efficienza di mercato, come centro unificante dell'istituto, la c.d. giustizia correttiva.

⁷⁴ Da condividere quindi l'impostazione metodologica di CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 681 ss. e *passim*; ma v. *infra*, § 7.

⁷⁵ In altri termini, nel nostro sistema positivo, come non sarebbe nel giusto l'interprete che esaltasse l'innovazione legislativa che trascuri (e solo perché trascura) il valore dell'efficienza (TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, cit., p. 47) non lo sarebbe neppure se obliterasse il dato positivo, o lo forzasse per costringerlo all'esito da lui ritenuto 'efficiente'. Il legislatore 'può' dettare regole non improntate a criteri di economicità. Negarlo, significa sostituire al mito dell'onnipotenza del legislatore quello del «legislatore impotente», di cui parla TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 378, esaminando appunto la tendenza e sovrapporre agli enunciati normativi i ragionamenti propri di una scienza descrittiva, ed in particolare di quella economica (*ivi*, p. 380).

intrinseche ai suoi stessi limiti analitici. Il campo privilegiato del metodo economico appare invero l'ausilio alla decisione politica⁷⁶ (e quindi, nel nostro sistema, a quella legislativa); il supporto che essa può fornire all'interprete non può essere pregiudizialmente escluso, ma va argomentato giuridicamente, e quindi sulla base dei dati positivi.

Nel nostro sistema, l'utilizzazione dell'argomento economico, sia nella sua forma pura, come quella prospettata da Posner, sia in forme sofisticate e complesse, come nell'elaborazione di Calabresi, presuppone dunque, in primo luogo, la mediazione del dato testuale (e quindi, nel nostro campo, il raffronto con il tit. IX, 1.IV, cod. civ.)⁷⁷; in secondo luogo, una giustificazione positiva che trascenda, sul piano della gerarchia delle fonti, lo sesso dato codicistico⁷⁸.

5. *La giustizia correttiva*

Una valutazione non troppo diversa sembra doversi dare di quel filone della recente letteratura anglosassone che si propone di individuare il fondamento unitario della responsabilità civile nell'idea di giustizia, e di dedurre da tale idea un sistema operativo.

Tale tendenza si inserisce nel dibattito sviluppato negli anni '70 dalla *jurisprudence* anglo-americana intorno alla definizione di una «teoria della giustizia» che consenta di fondare razionalmente l'organizzazione statale delle società contemporanee⁷⁹. Essa si differenzia quindi dalla concezione

⁷⁶ Cfr. CALABRESI, *Prefazione*, cit., pp. VII ss. L'analisi economica del diritto, come elaborata nell'esperienza nordamericana, costituisce insomma una commistione non facilmente districabile di ideologia e metodo scientifico. La componente ideologica (che è quella della critica 'da destra' del *Welfare State*: *supra*, n. 49) conduce ad una fuorviante ottica interpretativa «paneconomicistica» (G. ALPA, *L'analisi economica del diritto nella prospettiva del giurista*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit., p. 16). Grande attenzione merita invece la componente metodologica, che può concorrere sia ad una più adeguata comprensione del fenomeno giuridico, sia ad una interpretazione che, nell'ambito di cui si dice nel testo, consenta di privilegiare soluzioni positive più efficienti e razionali. Su tale problema v. anche G. REBUFFA, *Organizzazione giuridica ed organizzazione economica: la funzione distributiva dei beni e le tecniche giuridiche*, in *Sociol. dir.*, 1982, pp. 5 ss., part 15 ss.

⁷⁷ È questo il metodo seguito da P. Trimarchi (*supra*, n. 1).

⁷⁸ È la via intrapresa da CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., che identifica quella giustificazione nel principio costituzionale di solidarietà (v. *supra*, n. 37).

⁷⁹ I principali testi sono ora tradotti: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982;

etica della responsabilità civile, nella quale la «giustizia» esprime l'esigenza di punire i comportamenti riprovevoli⁸⁰. Al tempo stesso, la tendenza in questione critica radicalmente le teorie economiche della responsabilità, considerando il rilievo da esse assegnato al costo ed all'utilità economica come una ingiustificata invasione nella sfera dell'autonomia individuale, operata in nome del bene pubblico⁸¹. A fondamento della responsabilità viene invece posta la concezione aristotelica della giustizia commutativa (o correttiva), che considera esclusivamente la posizione delle parti coinvolte, al fine di restaurare o mantenere un equilibrio dato tra esse⁸².

DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit.; R. NOZICK, *Anarchia, Stato e Utopia*, Firenze, 1981. Significativo dell'influenza di tale dibattito è il recente tentativo di Posner di tradurre anche la sua impostazione economica in termini di teoria della giustizia (POSNER, *Economics of Justice*, cit.; ID., *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit.). V. anche S. VECA, *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Milano, 1982 (per il tentativo di trasporre il dibattito nella nostra cultura); ID., *La prospettiva contrattualista di John Rawls*, in M. BOVERO et al., *Ricerche politiche*, Milano, 1982, pp. 129 ss.; REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, cit., pp. 21 ss., per un'acuta rassegna critica.

⁸⁰ Come soprattutto in P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, pp. 481 ss.; e, per alcuni aspetti della sua critica a Calabresi ed Atiyah, STOLJAR, *Accidents, Cost, and Legal Responsibility*, cit., pp. 233 ss. Non pare, invece, che sia indovinata la definizione di «moralismo» per l'orientamento esaminato nel testo (così invece POSNER, *Strict Liability. A Comment*, cit., p. 215). Per una critica delle concezioni 'etiche' della responsabilità v. per tutti TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 108 ss.; cfr. anche CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 387 ss.

⁸¹ G.P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, in *Harv. L. Rev.*, 85 (1972), pp. 537 s. Analoga è la posizione di Epstein (*infra*, nn. 86-87). Altrettanto netta è l'avversione ad impostazioni come quelle di Calabresi o Atiyah, che introducono nel giudizio di responsabilità considerazioni attinenti alla giustizia distributiva (v. n. seguente).

⁸² Il riferimento consueto è all'*Etica Nicomachea*, V, 4 (v. il passo in Aristotele, *Etica Nicomachea*, trad. it. a cura di Plebe, Bari, 1957, pp. 132 ss.). La lettura di tale passo è peraltro forzata (come quella, del resto, già prospettata da H. KELSEN, *Aristotle's Doctrine of Justice*, in ID., *What is Justice*, Berkeley-Los Angeles, 1960, pp. 117 ss.); cfr. G. DEL VECCHIO, *La giustizia*⁴, Roma, 1951, pp. 55 ss.; A. GIULIANI, *La giustizia come reciprocità (a proposito della controversia aristotelica-pitagorica)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, pp. 722 ss.; ID., *Imputation et justification*, in *Arch. philos. droit*, 22, 1977, pp. 85 ss., part. 94 s. Alla distinzione ricorreva comunque già ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, cit., pp. 73 s., per fondare il sistema bipolare di responsabilità; cfr. inoltre STOLJAR, *Accidents, Cost, and Legal Responsibility*, cit., p. 234; e soprattutto WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 350 ss., 577 ss.

Gli autori più noti⁸³ di questo filone sono Epstein⁸⁴ e Fletcher⁸⁵. Al di là delle differenze, questi scrittori sono accomunati dall'accettazione delle categorie classiche della *common law*, da un'impostazione estremamente formale, che rifiuta il ricorso ad argomenti di *policy*⁸⁶, e dall'idea che l'obiettivo centrale della responsabilità civile sia di «rendere giustizia» tra il danneggiante e la sua vittima⁸⁷.

Da questo comune punto di partenza, le posizioni dei due autori si diversificano, sia sul piano metodologico⁸⁸, sia su quello delle indicazioni operative. Per Fletcher, la responsabilità sorge sulla base di un giudizio di proporzionalità tra il rischio creato dalla vittima e quello creato dall'agente. In tal modo, il principio di reciprocità sostituirebbe quello di ragionevolezza, che è invece alla base della responsabilità per colpa, come intesa a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Per Epstein, la responsabilità oggettiva va fondata sulla causalità; il relativo giudizio si articola mediante

⁸³ Ma non i soli: cfr. J. BORGO, *Casual Paradigms in Tort Law*, in *J. Legal St.*, 8 (1979), pp. 419 ss.; J.L. COLEMAN, *Justice and the Argument for No-Fault*, in *Soc. Th. Pract.*, 3 (1975), pp. 161 ss.; F. SHARP, *Aristotle, Justice and Enterprise Liability in the Law of Torts*, in *U. Toronto Fac. L. Rev.*, 34 (1976), pp. 83 ss.

⁸⁴ R.A. EPSTEIN, *Pleadings and Presumptions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 40 (1973), pp. 556 ss.; ID., *A Theory of Strict Liability*, in *J. Legal St.*, 2 (1973), pp. 151 ss.; ID., *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, *ivi*, 3 (1974), pp. 165 ss.; ID., *Intentional Harms*, *ivi*, 4 (1975), pp. 391 ss.; ID., *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, *ivi*, 8 (1979), pp. 49 ss.; ID., *Causation and Corrective Justice: A reply to Two Critics*, *ivi*, pp. 477 ss.; ID., *A Theory of Strict Liability. Toward a Reformulation of Tort Law*, San Francisco, 1980 (che contiene la ristampa dei cit. saggi *A Theory of Strict Liability* e *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*); ID., *The Social Consequences of Common Law Rules*, in *Harv. L. Rev.*, 95 (1982), pp. 1717 ss., part. 1723 ss. Un precedente della teoria causale di Epstein può rinvenirsi in A. HARARI, *The Place of Negligence in the Law of Tort*, Sydney, 1962.

⁸⁵ FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., pp. 537 ss.

⁸⁶ Per questa ragione, entrambi gli autori criticano il criterio della colpa, come tradizionalmente affermatosi nel diritto moderno, in quanto tale criterio, presupponendo una valutazione comparativa del comportamento delle parti, ispirata a fattori di opportunità o di utilità sociale, può condurre a sacrificare il diritto della vittima al risarcimento. Cfr. EPSTEIN, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, cit., pp. 169 ss.; ID., *Intentional Harms*, cit., pp. 423 ss.; FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., pp. 556 ss.

⁸⁷ Cfr. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, cit. pp. 203 s.; FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., pp. 537 s.

⁸⁸ Il metodo di Fletcher è più sistematico ed astratto, essendo finalizzato alla individuazione dei fondamenti categoriali della responsabilità civile, dell'«ultimate rationale» (FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., p. 538). L'analisi di Epstein è invece più ravvicinata e attenta ai profili operativi.

paradigmi⁸⁹, finalizzati all'accertamento della sussistenza di un nesso causale, giuridicamente rilevante, tra condotta dell'agente e danno.

A prescindere da ogni altro rilievo⁹⁰, va intanto osservato che, tra le possibili concezioni della giustizia, Fletcher ed Epstein seguono la più conservatrice⁹¹, molto vicina alla visione dello Stato minimo formulata da Nozick⁹². Il richiamo alla giustizia correttiva esprime appunto l'idea che finalità e considerazioni redistributive debbano rimanere estranee alla disciplina della responsabilità civile, e in generale al diritto privato⁹³.

È singolare che la critica più radicale e convincente a questa impostazione sia venuta da uno scrittore come Posner, non meno individualista e

⁸⁹ Tali paradigmi causali sono l'applicazione diretta ed immediata della forza; la minaccia dell'applicazione della forza; la costrizione da parte di un terzo; la creazione delle condizioni pericolose che determinano il danno (EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, cit., pp. 166 ss.). Come osserva ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 60 s., almeno il quarto paradigma difficilmente può essere reso in termini di causalità (sia pure 'giuridica' e non 'materiale'), e appare piuttosto simile al tradizionale criterio della colpa.

⁹⁰ V. ad es. R.A. POSNER, *Epstein's Tort Theory: A Critique*, in *L. Legal St.*, 8 (1979), pp. 457 ss.; ID., *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit., pp. 191 ss.; ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 57 ss.; ID., *Can Strict Liability Be Generalized?*, in *Oxford J. Leg. St.*, 2 (1982), pp. 245 ss.; CANE, *Justice and Justifications for Tort Liability*, cit., pp. 45 s.; e, da noi, ALPA, *Aspetti e tendenze attuali della responsabilità civile*, cit., pp. 430 s.; CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 606 ss.

⁹¹ V. in generale D. MILLER, *Social Justice*, Oxford, 1976, pp. 25 s. Lo stesso EPSTEIN, *Causation and Corrective Justice: A reply to Two Critics*, cit., p. 496, ha definito di recente la propria concezione come una «straight corrective justice-libertarian theory».

⁹² R. NOZICK, *Anarchia, Stato e Utopia*, cit. In tal senso la loro impostazione è differente non solo da quella di Rawls, ma anche da quella di Dworkin (v. *supra*, nn. 60 e 79). Su Nozick v. A. PINTORE, *Nozick e il rischio dello Stato*, in *Sociol. Dir.*, 1982, 143 ss.; P. COMANDUCCI, *La meta-utopia di Nozick. Con una appendice bibliografica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 1982, pp. 507 ss.; REBUFFA, *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, cit., pp. 29 ss.

⁹³ Esplicitamente FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., p. 547 n. 40 (e cfr. anche 551, n. 51 e 569); POSNER, *Strict Liability: A Comment*, cit., p. 204, per il quale fino al momento in cui cagiona danno ad altri ognuno «è libero di comportarsi come vuole, e non è tenuto a prendere in considerazione il benessere degli altri»; per coerenti applicazioni al c.d. problema del Buon Samaritano, *ivi*, pp. 189 ss. V. anche *supra*, nn. 86, 87, 91. Si conferma dunque l'equivoco di una definizione di tali concezioni come 'moralistiche' (*supra*, n. 80): il rigido individualismo di Epstein non è poi troppo dissimile dall'ideologia economica di Posner (cfr. ad es. POSNER, *Strict Liability. A Comment*, cit., pp. 217 ss.; e in generale v. *supra*, n. 76).

conservatore⁹⁴. Questi osserva esattamente che la giustizia correttiva è un principio metodologico, la cui applicazione presuppone un giudizio sulla corrispondenza al diritto della posizione delle parti, che va condotto secondo criteri che debbono essere desunti *aliunde*⁹⁵; altrimenti il ragionamento assume il carattere di un circolo vizioso⁹⁶. In effetti, la concreta disciplina dei *Torts* presuppone, come è stato osservato, almeno quattro differenti concezioni della giustizia, a seconda che si considerino il contenuto del diritto leso, le modalità della condotta lesiva, la comparazione degli interessi confliggenti, l'esigenza di risarcire la vittima⁹⁷. Se questo è – come sembra – l'unico modo realistico di intendere la correlazione tra «giustizia» e disciplina della responsabilità civile (almeno finché tale correlazione sia esaminata prescindendo da eventuali principi normativi sovraordinati), è evidente che una teoria unitaria della giustizia non è idonea a risolvere il problema che ci interessa, non potendo esaurire l'insieme delle valutazioni deontologiche, necessarie ai fini del giudizio di responsabilità, in un principio unitario tale da consentire di costruire intorno ad esso un modello razionalmente ottimale dell'istituto.

Le molteplici e contraddittorie funzioni della responsabilità civile (*supra*, § 2) esprimono molteplici e contraddittorie idee della giustizia; la riconduzione ad unità, promessa⁹⁸ dagli autori qui esaminati attraverso la definizione di un «modello», si rivela dunque del tutto illusoria. In defini-

⁹⁴ POSNER, *Strict Liability. A Comment*, cit., pp. 215 ss.; ID., *Epstein's Tort Theory: A Critique*, cit., pp. 457 ss.; ID., *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit., pp. 191 ss.

⁹⁵ POSNER, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, cit., part. pp. 194 e 203.

⁹⁶ POSNER, *Epstein's Tort Theory: A Critique*, cit., p. 474.

⁹⁷ CANE, *Justice and Justifications for Tort Liability*, cit., pp. 31 ss. Pur escludendo un rigido parallelismo tra concezione della giustizia e fattispecie di responsabilità, questo A. osserva che le quattro concezioni di cui nel testo possono essere esemplificate, rispettivamente, con la responsabilità oggettiva, la responsabilità per colpa, il *tort of nuisance*, e la responsabilità vicaria (*ivi*, 35 s.). Si noti che almeno la quarta concezione reintroduce il profilo redistributivo, che peraltro probabilmente non può essere escluso neppure nelle altre (cfr. WEYERS, *Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht und Vorsorgesystemen*, cit., pp. 577 ss.; ENGLARD, *The System Builder: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, cit., pp. 62 s. e 67 s.; e già ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, cit., pp. 73 s.).

⁹⁸ Di «unified theory of tort» parla EPSTEIN, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, cit., p. 398; analogamente FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, cit., p. 538. Nel senso del testo v. i sintetici giudizi di CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pp. 612; e, in generale, di TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 122 e 145.

tiva, le teorie individualistiche della giustizia esorcizzano quello che rimane il problema centrale di una moderna concezione della responsabilità civile: e cioè l'individuazione della ragione, o delle ragioni, che giustificano la traslazione del danno, in determinati casi, dalla vittima ad un altro soggetto⁹⁹.

La provvisoria conclusione non può quindi che essere simile a quella già apposta all'esame delle teorie basate sull'analisi economica: nel nostro ordinamento, quella ragione, o quelle ragioni, non possono essere rinvenute che all'interno del diritto positivo, e quindi non in una concezione desiderabile della giustizia, ma in quella particolare concezione che si è tradotta normativamente nella disciplina dell'istituto, verificata alla luce dei principi a questa sovraordinati sul piano della gerarchia delle fonti.

6. *L'educazione alla prevenzione*

Si può tentare una verifica del ragionamento che si è fin qui proposto, allargando l'esame agli sviluppi più recenti della teoria e della regolazione normativa della responsabilità civile nei paesi socialisti¹⁰⁰.

Tale campo di indagine si palesa interessante, in primo luogo, in quanto consente di sceverare i problemi e le tendenze comuni alle società industriali¹⁰¹, rispetto a impostazioni o soluzioni proprie invece di paesi o dottrine peculiari¹⁰². Ma esso appare poi particolarmente proficuo, perché consentirà di verificare anche in quelle esperienze l'incrinatura di certezze consolidate. La problematica si presenterà solo in parte omologa, nei presupposti e nei contenuti, a quella che conosciamo; ma singolarmente simile alla chiave di lettura, dimostrando l'emersione di una crisi, da molteplicità

⁹⁹ V. *supra*, § 1, testo e n. 20.

¹⁰⁰ Naturalmente si è ben consapevoli che ai limiti propri in generale dell'argomento comparatistico (v. § seguente) si aggiungono qui limiti peculiari, connessi alla difficoltà non solo – per ragioni di lingua o di reperibilità – di accedere ad una completa bibliografia, quanto soprattutto di intendere i rapporti tra riflessione teorica e testi normativi, da una parte, e concreto funzionamento delle regole giuridiche, dall'altra (v. chiaramente G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune*, Milano, 1981, pp. 83 ss.; cfr. anche G. CRESPI REGHIZZI, R. SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, pp. 173 ss.; V. KNAPP, *La scienza del diritto*, trad. it., Bari, 1978, pp. 97 ss. Utile rassegna in P. STANZIONE, *Introduzione*, in I. MARKOVITS, *Il diritto civile tra socialismo e ideologia borghese nella Repubblica democratica tedesca*, Napoli, 1978, pp. XXXII ss.).

¹⁰¹ Sulle conseguenze, nel nostro campo, della diversità di regime proprietario v. *infra*, nn. 106 e 171.

¹⁰² Sull'utilità di un ricorso non unilaterale all'argomento comparatistico v. il § seguente.

di funzioni, anche rispetto al principio unificatore posto alla base della responsabilità civile dei paesi dell'Europa socialista¹⁰³.

Fino a tempi molto recenti, tale principio unificatore, consistente nella finalità di educare i consociati alla prevenzione dei danni, è apparso idoneo a fondare esaustivamente il sistema di regolazione. La teoria dei paesi socialisti considera infatti la responsabilità civile come un ramo speciale della responsabilità giuridica, che svolge quindi le funzioni assegnate in generale a questa, appunto l'educazione e la prevenzione, alle quali è subordinata la funzione specifica di riparare il danno¹⁰⁴.

Si intende come a tale impostazione sia congruo il primato della colpa quale criterio fondamentale di imputazione (e sia coerente la tendenziale ostilità per l'assicurazione individuale). Il principio della responsabilità oggettiva di impresa è criticato, in quanto funzionale agli interessi della grande impresa oligopolistica, traducendosi in concreto nella scomparsa della «responsabilità», sostituita da una ripartizione del rischio sull'intera collettività¹⁰⁵. La proprietà pubblica¹⁰⁶ dei mezzi di produzione consente invece di affermare, accanto alla effettiva responsabilità dell'impresa, quella del singolo lavoratore autore del danno¹⁰⁷, se colpevole, garantendo così

¹⁰³ Si è tralasciato l'esame dei paesi socialisti extraeuropei per non aggravare i problemi di cui alla n. 100. Sulla responsabilità civile in Cina v. comunque J.A. JOLOWICZ, *Procedural Questions*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 13, 1972, pp. 58 ss.; T-HA TSIEN, *La responsabilité civile délictuelle en Chine Populaire*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1967, pp. 875 ss.

¹⁰⁴ V. *infra*, n. 160. La funzione educativa delle regole di responsabilità è espressamente menzionata nel § 323 c.c. RDT. Sul concetto di «responsabilità giuridica» nel diritto socialista v. EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 24 ss.; *La teoria generale marxista-leninista dello Stato e del diritto. Tipi storici dello Stato e del diritto* (Mosca, 1971, in russo), di cui è in corso la trad. it. a cura di G. Ferrara, v. IV, cap 15, § 7.

¹⁰⁵ G. EÖRSI, *Versuch zum Entwurf eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Verantwortung*, in *Annales Un. Sc. Bud.*, 1959, I, 85 ss., part. pp. 91 ss.

¹⁰⁶ Sull'incidenza del diverso regime proprietario insiste G. EÖRSI, *L'adaptation de la responsabilité civile aux exigences de la vie moderne*, in *Rev. dr. contemp.*, 1963, n. 2, pp. 9 ss., part. 20 e 23; ID., *Private and Governmental Liability for the Tort of Employees and Organs*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, pp. 4, 11 e 65; v. anche M. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, Berlin, 1977, p. 49. V. però *infra*, n. 171.

¹⁰⁷ A differenza che *ex art.* 2049, solo la responsabilità dell'impresa è però, di regola, diretta. La responsabilità del lavoratore colpevole sussiste invece, normalmente solo nel rapporto interno con l'impresa (parziali o totali eccezioni in Bulgaria, Polonia e Romania), è regolata dal diritto del lavoro ed è quantitativamente limitata ad una percentuale del salario per un periodo determinato di tempo. Cfr. EÖRSI, *Private and Governmental Liability for the Tort of Employees and Organs*, cit., pp. 65 ss.; STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., pp. 118 s.; R. SANILEVICI, *La réglementation de*

l'efficacia educativa e preventiva dell'istituto nei confronti di entrambi; mentre il sistema di sicurezza sociale, da un lato assicura il ristoro dei danni personali dei consociati, dall'altro, attraverso il diritto di rivalsa nei confronti dell'impresa «colpevole», non incide in alcun modo su quell'efficacia¹⁰⁸.

La contrapposizione al diritto borghese si esprime altresì nella precisa circoscrizione dell'area dei danni risarcibili, mediante una interpretazione di stampo tradizionale della clausola generale di responsabilità, ed in particolare mediante il rifiuto di principio della categoria del danno non patrimoniale, considerata espressiva della mercificazione del valore della persona umana e della preferenza per tecniche individuali, anziché sociali, di controllo e tutela dei rapporti interpersonali¹⁰⁹.

Di recente, tuttavia, i diversi aspetti di questo quadro unitario sono stati posti in discussione da un dibattito teorico che, stimolato dai processi di codificazione attuati o progettati nell'ultimo ventennio¹¹⁰, si è tradotto a sua volta in esiti normativi¹¹¹ riformatori, e non pienamente compatibili

la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1981, pp. 831 s.

¹⁰⁸ Il lavoratore colpevole viene penalizzato, ma in misura ridotta, appropriata alle sue condizioni economiche; l'impresa risente della perdita, che incide sia sulla dotazione destinata agli investimenti, sia su quella ripartita tra i lavoratori; ne dovrebbe derivare un incentivo, sia per il *management* che per i lavoratori medesimi, all'adozione di misure per prevenire i danni (così EÖRSI, *Private and Governamental Liability for the Tort of Employees and Organs*, cit., p. 66; e cfr. T. IONASCO, in *Introduction aux droits socialistes*, Budapest, 1971, pp. 473 ss.). D'altra, il diritto di rivalsa degli organi di sicurezza sociale nei confronti dell'impresa consente di combinare la garanzia riparatoria (da quelli assicurata) con l'efficacia educativo-preventiva (cfr. G. EÖRSI, *Correlation between Liability and Insurance*, in *Acta Jur. Sc. Hung.*, 12 [1970], pp. 95 ss.). Sul ruolo delle assicurazioni nei paesi socialisti v. *infra*, nn. 131-133. Di effetto «educativo» del meccanismo che si è descritto parla TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 122. Sul contesto istituzionale v. O.S. IOFFE, *Law and Economy in the USSR*, in *Harv. L. Rev.*, 95 (1982), pp. 1592 ss., 1595 ss.

¹⁰⁹ V. *infra*, n. 143.

¹¹⁰ V. n. seguente; per il dibattito nelle linee generali v. Y. EMINESCU, T. POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, Bucuresti-Paris, 1980, pp. 17 ss.

¹¹¹ I testi più recenti (risalenti alla seconda metà degli anni '70) sono il c.c. della RDT, l'importante riforma del c.c. ungherese (il cui testo originario è del 1959), e la legge jugoslava sulle obbligazioni del 1978 (in questo paese non esiste un c.c.). Alla metà degli anni '60 risalgono invece il nuovo c.c. della RSFS di Russia (che si basa sulla legge sui fondamenti della legislazione civile dell'URSS e delle repubbliche federate del 1962, e che riforma il c.c. del 1922), e i cc.cc. di Cecoslovacchia e Polonia. Una riforma del regime della responsabilità civile non si è avuta dunque, nell'ultimo ventennio, a prescindere dall'Albania (nella quale risulta vigente una legge sui contratti ed il risarcimento dei danni del 1956, di cui non si terrà conto), in Bulgaria (dove vige la legge

con l'asserita unicità funzionale dell'istituto.

Il principio del primato della colpa si consolida in effetti in URSS solo a partire dalla metà degli anni '30, come conseguenza di una profonda trasformazione della concezione generale del ruolo del diritto nella società rivoluzionaria¹¹². Analogamente a quanto avviene nel diritto penale¹¹³, si afferma l'idea della funzione preventivo-educativa della responsabilità che conduce a ribaltare l'interpretazione precedentemente data all'art. 403 del cod. civ. russo del 1923. Tale norma, in effetti, non conteneva riferimenti alla colpa, limitandosi a considerare come casi di esonero della responsabilità il carattere inevitabile del danno, l'esercizio del diritto ed il dolo o la colpa grave della vittima¹¹⁴. La nuova interpretazione della disciplina, in termini di presunzione di colpa, verrà poi espressamente codificata negli anni '60¹¹⁵. Nel frattempo, la fondazione funzionale della responsabilità sull'educazione alla prevenzione ha assunto un tale vigore, da rendere dominante l'idea che la responsabilità possa basarsi solamente sulla colpa, e in particolare su una colpa personale, effettiva e rimproverabile¹¹⁶.

sulle obbligazioni e i contratti del 1950) e in Romania, dove è ancora in vigore il Codice 'borghese' del 1865, modellato sul *Code civil*, aggiornato *de facto* attraverso le decisioni-direttive del Tribunale supremo. Per quadri d'insieme v. V. PETEV, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin-New York, 1975 (peraltro naturalmente non aggiornato agli sviluppi più recenti), e EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit.

¹¹² Che si esprime nel tragico destino di Pašukanis, fautore della teoria della dissoluzione del diritto; nelle critiche mosse negli anni '30 alla concezione 'intermedia' di Stučka; nel prevalere dell'impostazione imperativistica e volontaristica di Vysinskij. V. E.B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, trad. it. in P.I. STUČKA, E.B. PAŠUKANIS, A.J. VYSINSKIJ, M.S. STOGOVIC, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, pp. 114 ss.; P.I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, trad. it, Torino, 1967; A.J. VYSINSKIJ, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, trad. it., in STUČKA, PAŠUKANIS, VYSINSKIJ, STOGOVIC, *Teorie sovietiche del diritto*, cit., pp. 239 ss. Sull'intera vicenda v. U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969; N. REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt/M., 1972 (sul quale G. CRESPI REGHIZZI, *Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica*, in *Quaderni fiorentini*, III/IV, 1974-1975, pp. 845 ss.); sui termini attuali del dibattito sulla funzione del diritto tra i giuristi sovietici v. F.J. FELDBRUGGE, *Soviet Views on Law and Social Change*, in D. BARRY et al, *Codification in the Communist World*, London, 1975, pp. 113 ss.

¹¹³ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 33 ss., 74 ss.

¹¹⁴ EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., p. 743; LIMPENS, KRUIHOF, MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Liability for One's Own Act*, cit., p. 6.

¹¹⁵ Artt. 88 l. fondamentale URSS e 444 c.c. russo (v. n. 111), per i quali l'autore del danno è liberato se prova di non averlo causato per sua colpa.

¹¹⁶ Così, criticamente, EÖRSI, *op. loc. ultt. citt.*

La costruzione della clausola generale di responsabilità in termini di presunzione relativa di colpa è divenuta generale nei paesi dell'Europa socialista, ed è stata recepita anche dalle più recenti codificazioni¹¹⁷.

Che il primato della colpa sia ormai più di un principio ideologico che una realtà normativa è però opinione che si va sempre più diffondendo nei più attenti studiosi di quell'area. E ciò non solo per i dubbi¹¹⁸ sull'effettivo rapporto tra la funzione educativo-preventiva e la nozione rigorosamente oggettiva di colpa, concretamente accolta anche in quegli ordinamenti¹¹⁹; ma soprattutto per la constatazione dell'esistenza di forme di responsabilità «aggravate» per i danni causati da attività imprenditoriali pericolose¹²⁰.

¹¹⁷ Usano formule simili a quelle del cod. russo gli artt. 420 c.c. cecoslovacco, 42 l. bulgara del 1950, 154 l. jugoslava del 1978; nonché il § 333. I c.c. RDT (con riferimento alla clausola generale del § 330). Tale testo definisce poi la colpa come il comportamento del «cittadino» (per l'impresa dispone il § 334: v. *infra*, n. 120, e cfr. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 52 ss.) diverso da quello necessario nella situazione concreta, secondo le aspettative ordinariamente riferibili all'agente, per evitare il danno. L'art. 339 c.c. ungherese viene interpretato nello stesso senso, anche se non nomina espressamente la «colpa», statuendo l'esonero dalla responsabilità per chi «provi ad aver agito come ci si poteva generalmente attendere nella situazione data». Si differenziano il cod. polacco (art. 415) e, naturalmente, il codice 'borghese' ancora vigente in Romania, che contengono la formulazione del *Code civil*.

¹¹⁸ Cfr. EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 ss.

¹¹⁹ SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 824; per il problema in generale v. *supra*, nn. 29-33.

¹²⁰ Il c.c. RDT, in primo luogo, come già si è ricordato, non ammette la prova liberatoria dell'assenza di colpa, per l'impresa, negli stessi termini che per il «cittadino» (*supra*, n. 117); l'esonero di responsabilità è previsto se l'impresa non poteva evitare le circostanze che hanno causato il danno, nonostante l'utilizzazione di tutte le possibilità di cui è dotata in base ai rapporti socialisti di produzione (§ 334). Viene poi espressamente (§ 343.I) esclusa l'applicazione di questa clausola per le imprese la cui attività determini un pericolo accresciuto (§ 344). Tali imprese (così come i responsabili per danni da circolazione stradale, da animali, da rovina di edifici: §§ 345-347) sono esonerate solo quando il danno sia causato da un evento inevitabile estraneo alla natura della cosa e non consistente in un guasto tecnico (su tale norma v. anche *infra*, n. 124). Cfr. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 68 ss.

Una responsabilità aggravata per danno causato da attività che determinano incremento di pericolo è prevista anche dall'art. 454 c.c. russo, con il limite della forza maggiore o del dolo della vittima; nonché dall'art. 432 c.c. cecoslovacco, con il limite dell'impossibilità di prevenire il danno anche compiendo tutti gli sforzi esigibili (cfr. art. 428), e dell'art. 345 c.c. ungherese, con il limite della causa inevitabile, indipendente dall'attività pericolosa. L'art. 435 c.c. polacco prevede la responsabilità dell'impresa «che utilizza le forze della natura», con il limite della forza maggiore o della colpa della vittima o di un terzo. Infine la l. jugoslava del 1978 prevede la responsabilità «indipendentemente da ogni colpa» per attività o cose pericolose (artt. 155 e 174; tali norme sono il frutto

La linea difensiva fondata sul carattere «eccezionale» di tali ipotesi¹²¹ ha incontrato evidentemente le stesse, ben note, difficoltà che da noi; così come le tesi che le interpretano come fattispecie riparatorie non riconducibili alla «responsabilità» in senso proprio¹²².

Il più interessante studioso della materia segue infatti una via differente, che conviene riportare con una certa ampiezza, perché la linea ricostruttiva da lui proposta appare di notevole utilità anche per le questioni aperte (*supra*, § 2) nel nostro sistema. Eörsi¹²³ osserva che la differenza tra responsabilità ordinaria per colpa e responsabilità «senza colpa» per attività pericolose è molto meno netta di quanto possa apparire. La prova liberatoria prevista nella seconda ipotesi, infatti concerne pur sempre la condotta, giacché la «causa inevitabile», di cui parla ad es. l'art. 345 cod. civ. ungherese¹²⁴, attiene pur sempre, e sia pure in modo peculiare, al comportamento

della precedente elaborazione giurisprudenziale; v. O. STANKOVIC, *La responsabilité civile selon la nouvelle loi yougoslave sur les obligations*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1979, pp. 767 ss.; e v. *infra*, n. 124).

¹²¹ IONASCO, in *Introduction aux droits socialistes*, cit., pp. 462, 471 s.; SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 824; e la prevalente dottrina sovietica, cit. da EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., p. 743.

¹²² Come gli aa. sovietici citt. da EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., p. 744; o E. SPITZ, *Probleme zivilrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *Staat und Recht*, 1979, pp. 228 ss. Le interpretazioni di tali norme degli scrittori occidentali sono invece, sia pure per accenni, nel senso della responsabilità oggettiva: v. E. ROPPO, *Una esperienza di codificazione nella RDT: il nuovo Zivilgesetzbuch*, in *Dem. e dir.*, 1976, p. 587, e S. RODOTÀ, *Il codice civile della RDT*, in *Il diritto della Repubblica Democratica Tedesca. Atti del Convegno dell'Associazione Italia-RDT (1977)*, Roma, 1978, p. 26, con riferimento al c.c. RDT; di sfuggita TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, cit., p. 49, per il diritto sovietico; in generale F.F. STONE, *Liability for Damage Caused by Things*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 5, 1972, p. 39; e TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 20.

¹²³ V. soprattutto EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., pp. 744 ss.; ID., *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34 ss.

¹²⁴ V. *supra*, n. 120. Gli argomenti usati da Eörsi per il diritto ungherese potrebbero probabilmente essere estesi alla definizione di evento inevitabile data dal § 343.II c.c. RDT, per la quale è tale l'evento imprevedibile, che non poteva essere impedito da un'impresa, nonostante tutte le misure corrispondenti alle possibilità e alle esperienze odierne (cfr. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 74 s.); o alla nozione di forza maggiore, come evento eccezionale e inevitabile nelle circostanze date, assunta dalla legislazione sovietica (art. 85 c.c. russo, applicabile al cit. art. 458; cfr. STONE, *Liability for Damage Caused by Things*, cit., p. 10); o, ancora, alla disciplina della prova liberatoria nella cit. l. jugoslava (STANKOVIC, *La responsabilité civile*

esigibile nella situazione concreta¹²⁵. La peculiarità della fattispecie, rispetto all'ordinaria imputazione per colpa, non è revocata in dubbio, sia perché la «causa inevitabile», idonea a liberare l'impresa dalla responsabilità, deve comunque essere «indipendente» dall'attività pericolosa¹²⁶, sia soprattutto perché il criterio ordinario della colpa è elastico, consentendo al giudice una libertà di valutazione molto più ampia rispetto alla regola «rigida» dettata nell'altra ipotesi¹²⁷. Ma proprio l'elasticità del criterio della colpa si traduce in concreto in una scala molto ampia di apprezzamento del comportamento dannoso, della quale la responsabilità c.d. oggettiva costituisce appunto il gradino finale e più rigoroso, senza che all'interno della scala sia dato riscontrare una cesura¹²⁸. La differenza tra responsabilità soggettiva ed oggettiva non è quindi negata, ma è considerata sistematicamente irrilevante, in quanto inidonea a delineare una ricostruzione bipolare dell'istituto¹²⁹.

È possibile consentire sulla ragionevolezza dell'argomentazione. Il dubbio è però lecito per le conseguenze che se ne traggono, dirette, almeno in parte, a salvaguardare la tradizionale interpretazione funzionale dell'istituto. Sul punto si tornerà alla fine di questo paragrafo.

Conviene però intanto segnalare come la difficoltà di ricondurre l'intera disciplina della responsabilità al profilo educativo - preventivo emerga anche riguardo ad un altro pilastro di tale concezione, e cioè l'ostilità verso l'assicurazione di responsabilità, considerata – e non a torto¹³⁰ – un istituto radicalmente in contrasto con la concezione della colpa come mezzo di lotta contro le condotte dannose. Da un lato, il divieto generale di assicurazione

selon la nouvelle loi yougoslave sur le obligations, cit., p. 769).

¹²⁵ L'argomento è rafforzato dalla peculiare formulazione dell'art. 339 c.c. ungherese (v. *supra*, n. 117), e in genere dal principio della presunzione di colpa, vigente, come si è visto, nella maggior parte degli ordinamenti socialisti. Ma Eörsi lo fonda, più generalmente, sulla nozione oggettiva di colpa, prevalente in tutti gli ordinamenti contemporanei (*supra*, n. 119). In tale senso, dunque, la posizione di Eörsi si differenzia nettamente dalle tesi che interpretano, ad es., la maggior parte delle norme «speciali» del tit. IX, 1. IV, in termini di presunzione di colpa (v. per tutti DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, cit., pp. 203 e *passim*). Da un lato, infatti, Eörsi critica decisamente le concezioni psicologico-imperativistiche della colpa (*infra*, n. 165); dall'altro, è ben lungi dal negare l'autonomia normativa (*infra*, nn. segg.) e funzionale (*infra*, n. 169) delle ipotesi di responsabilità «aggravata».

¹²⁶ EÖRSI, *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., p. 745; cfr. art. 345² c.c. ungherese.

¹²⁷ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 36.

¹²⁸ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., loc. cit.

¹²⁹ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 34, 37, 44.

¹³⁰ V. *supra*, § 2, n. 34.

permane oramai solo nel diritto sovietico¹³¹; dall'altro, lo stesso principio della rivalsa dell'assicuratore, e degli organi di sicurezza sociale¹³², nei confronti dell'autore «colpevole» del danno, incontra difficoltà¹³³ nel tradursi in un sistema positivo pienamente coerente alla finalità educativo - preventiva.

Ma la revisione delle teorie tradizionali si viene imponendo non solo sul terreno dei criteri di imputazione, ma anche su quello del danno risarcibile.

Già da tempo, in primo luogo, si era venuta superando l'idea che il risarcimento in denaro dovesse considerarsi subordinato alla restituzione in natura¹³⁴. Il recente codice della RDT ha anzi ribaltato il principio, nella consapevolezza che il vero problema risieda piuttosto nella definizione di tecniche di tutela inibitoria differenziate, anche nei presupposti, dalla tutela risarcitoria¹³⁵.

¹³¹ Cfr. STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., p. 118. Il divieto di assicurazione è stato sospeso in URSS solo durante le Olimpiadi per i turisti stranieri, e limitatamente agli incidenti del traffico stradale (TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 75). Va osservato che questo orientamento è da coordinare con il potere del giudice di ridurre l'ammontare del risarcimento (v. *infra*, nn. 136-140), e con l'importanza e la diffusione del sistema di sicurezza sociale, che consente di tutelare comunque la vittima per i danni alla persona (così TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 76). Gli altri ordinamenti socialisti non accolgono questa estrema conseguenza della concezione educativa della responsabilità; per lo più è anzi prevista l'assicurazione obbligatoria per i veicoli in circolazione (EÖRSI, *Correlation between Liability and Insurance*, cit., pp. 99 s.; STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., p. 118).

¹³² V. *supra*, n. 108. Il principio è di ordine generale, e prevede la graduazione del rimborso sulla base generalmente dell'entità della colpa, delle conseguenze sociali del fatto, dell'attitudine sociale del responsabile e delle sue condizioni economiche. Cfr. FLEMING, *Collateral Benefits*, cit., p. 53; TUNC, *La responsabilité civile*, cit., p. 105; EÖRSI, *Private and Governmental Liability for the Tort of Employees and Organs*, cit., p. 148.

¹³³ V. EÖRSI, *Correlation between Liability and Insurance*, cit., p. 96 (che parla di sistema ottimale, ma «per il momento utopico»); ID., *Quelques problèmes de la responsabilité civile délictuelle selon le droit soviétique et le droit hongrois*, cit., p. 740.

¹³⁴ Il principio della priorità della restituzione in natura era affermato nell'art. 410 c.c. russo del 1922, ma era rimasto praticamente inapplicato (STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., p. 73). L'art. 457 del testo vigente dà al giudice il potere di scegliere l'una o l'altra forma di risarcimento, in base alle circostanze del caso. Analogamente l'art. 363 c.c. polacco. La priorità della restituzione in natura è invece confermata, in linea di principio, dagli artt. 442¹ c.c. cecoslovacco (a meno che non sia impossibile o irragionevole), e 355¹ c.c. ungherese (a meno che non sia impossibile, o la vittima, per un motivo ben fondato, preferisca il risarcimento in denaro).

¹³⁵ § 337.III: «il risarcimento del danno deve essere prestato in denaro». È ammessa solo una diversa pattuizione tra le parti. Cfr. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., p. 63. Sul problema accennato nel testo v. *infra*, nn. 157-159.

Ancora più significativa è la disciplina del potere del giudice, previsto nella maggior parte degli ordinamenti considerati, di diminuire l'entità del risarcimento. Tale potere – il cui esercizio deve comunque considerarsi eccezionale¹³⁶ – non si fonda però prevalentemente – a differenza che nell'ordinamento svizzero¹³⁷ – sull'entità della colpa¹³⁸, che anzi in alcuni sistemi è irrilevante¹³⁹, bensì su elementi diversi, tra i quali emerge la considerazione della posizione economica del responsabile¹⁴⁰.

È difficile dubitare che la concreta disciplina dello *ius moderandi* contrasta con la funzione educativa assegnata alla responsabilità per colpa¹⁴¹: essa esprime invece un'esigenza solidaristica (o prosaicamente realistica, come nel §340 cod. civ. RDT) nei confronti del responsabile, anche in considerazione della ordinaria ristrettezza ed omogeneità dei patrimoni

¹³⁶ SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 828 (che sottolinea l'obbligo della motivazione); POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., p. 66; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 54.

¹³⁷ Cfr. K. OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, Zürich, 1975, pp. 235 s.; YUNG, *Grundprinzipien und aktuelle Fragen des schweizerischen Haftpflichtrechts*, cit., pp. 128 ss.

¹³⁸ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 43; e v. nn. segg. Del resto, la formulazione ad es. dell'art. 440 c.c. polacco (v. *infra*, n. 140) fu voluta proprio per reagire alla tendenza della giurisprudenza a graduare l'ammontare del risarcimento in base all'entità della colpa (cfr. A. SZPUNAR, *La place de la responsabilité civil en droit polonais*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1967, p. 871).

¹³⁹ Così nel 340 c.c. RDT e nell'art. 458² c.c. russo (v. n. seg.).

¹⁴⁰ L'art. 339² c.c. ungherese parla di «circostanze meritevoli di particolare considerazione». Analogamente l'art. 450 c.c. cecoslovacco, che però precisa che il giudice deve tener conto della portata sociale del danno, della maniera in cui è stato prodotto, e delle situazioni personali ed economiche del responsabile e della vittima. L'art. 440 c.c. polacco fa riferimento ai «principi del rapporto umano socialista», e in particolare alla condizione economica delle parti. Esclusivamente alle condizioni economiche del responsabile si riferisce invece l'art. 458 c.c. russo. Ancora più concretamente, il § 340 c.c. RDT ammette la riduzione solo quando il danno è così elevato che, considerati la situazione economica ed il reddito del responsabile, ed il prevedibile sviluppo di essi, non c'è da aspettarsi un risarcimento integrale del danno. Infine, la l. jugoslava del 1978 (art. 191) attribuisce al giudice il potere riduttivo, tenuto conto delle condizioni economiche di entrambe le parti, se il risarcimento integrale porrebbe il responsabile in uno stato di completa indigenza. Da notare ancora che solo in Cecoslovacchia, RDT e Jugoslavia è espressamente escluso lo *ius moderandi* in caso di dolo.

¹⁴¹ STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., p. 134; EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 53 s. (che implicitamente corregge il precedente tentativo di spiegare invece la disciplina *de qua* in termini congrui alla funzione educativo-preventiva: ID., *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im ungarischen Zivilgesetzbuch*, in *Das Ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest, 1963, p. 283).

personali, e della inoperatività, parziale o totale, a favore di lui, dei meccanismi assicurativi¹⁴².

Altrettanto significativi sono i dati che concernono i temi della patrimonialità e dell'ingiustizia del danno. Dal primo punto di vista, come si è ricordato, la irrisarcibilità del danno morale è rimasta a lungo un postulato delle teorie socialiste. Il risarcimento in denaro di un danno non patrimoniale veniva considerato l'espressione della concezione borghese per la quale ogni cosa ha il suo prezzo, e le sofferenze psichiche possono esser scambiate per equivalente, come delle merci¹⁴³.

Tale posizione è rimasta immutata in URSS fin dalla rivoluzione¹⁴⁴, ed è tuttora indiscussa sul piano normativo¹⁴⁵. Diversa e più complessa è la vicenda degli altri paesi socialisti. Generalmente, nel loro diritto prerivoluzionario era ammesso il risarcimento dei danni morali, e la regola continuò ad essere applicata nei primi anni di vita delle «democrazie popolari»¹⁴⁶. Negli anni '50 e '60, invece, soprattutto ad opera delle Corti supreme, fu imposta la recezione del principio opposto¹⁴⁷. Le recenti codificazio-

¹⁴² V. *supra*, nn. 131-133.

¹⁴³ Cfr. T. IONASCO, *La réparation des dommages moraux dans le droit socialiste roumain*, in *Rev. roum. sc. soc., Séries sc. jur.*, 1966, 2, pp. 207 ss.; V. GSVOSKI, *Soviet Civil Law*, Ann Arbor, 1948, I, p. 539; M. FRIDIEFF, *La responsabilité civile en droit soviétique*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1958, pp. 576 s.; K. GRZYBOWSKI, *Soviet Legal Institutions*, Ann Arbor, 1962, pp. 156 ss.

¹⁴⁴ Lo stesso principio vigeva del resto nella Russia zarista (H. MCGREGOR, *Personal Injury and Death*, in *Int. Enc. Comp. Law*, XI, *Torts*, 9, 1972, p. 15).

¹⁴⁵ Anche in URSS, tuttavia, è emersa di recente una corrente dottrina favorevole al risarcimento dei danni morali, secondo quanto riferisce SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 826, n. 14.

¹⁴⁶ Per la Romania, v. EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 120; per la Polonia A. SZPUNAR, *La responsabilité civile dans le Projet du Nouveau Code polonais*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1963, p. 27; per la Jugoslavia EISNER, *Die Zivilrechtsprechung der ordentlichen Gerichte Jugoslawiens 1945-1953*, in *RebelsZ*, 19 (1954), p. 318; per la Cecoslovacchia H. STOLL, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?*, in *Gutachen für den 45. Deutschen Juristentag*, I, 1, München-Berlin, 1964, p. 120.

¹⁴⁷ In Romania con la decisione-direttiva n. 7 del 1952 del Tribunale Supremo (EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes, loc. cit.*); in Ungheria con analoga decisione della Corte suprema del 1953 (EÖRSI, *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im ungarischen Zivilgesetzbuch*, cit., p. 277). Nella stessa direzione il progetto polacco di c.c. del 1954 (SZPUNAR, *La responsabilité civile dans le Projet du Nouveau Code polonais*, cit., pp. 27 s.; per la soluzione poi adottata v. n. 149). Solo la Bulgaria ha sempre conservato la regola della risarcibilità dei danni non patrimoniali, sulla base di criteri di equità, secondo quanto previsto dall'art. 52 della cit. l. del 1950.

ni, tuttavia, hanno riconsiderato¹⁴⁸ il problema, introducendo soluzioni intermedie non prive di interesse. Il quadro normativo che ne risulta¹⁴⁹, infatti, si segnala per aver temperato la rigidità del principio negativo, senza ammettere tuttavia una clausola generale di risarcibilità del danno non patrimoniale, e cercando di indicare con una certa precisione il tipo di bene la cui lesione può condurre ad un risarcimento maggiore di quello strettamente materiale, ed i presupposti e l'ambito di questo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ A seguito dell'atteggiamento poco convinto della giurisprudenza (J. SZILBEREKY, *Sur la modification du Code Civil*, in *Rev. dr. hongr.*, 1979, p. 17, per l'Ungheria; S. CIGOJ, *Die Zivilrechtsprechung der ordentlichen Gerichte Jugoslawiens 1953-1958*, in *RabelsZ.* 24 (1959), p. 736, per la Jugoslavia), e della stessa dottrina (per un radicale ribaltamento del tradizionale punto di vista teorico v. SZPUNAR, *op. loc. ultt. citt.*, per il quale l'istituto, oltre a non contrastare con la funzione educativa della responsabilità, è in linea con l'umanesimo socialista).

¹⁴⁹ Il principio nel suo rigore assoluto è oggi vigente solo in URSS. La riforma ungherese del 1977 ha introdotto l'art. 354, che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale quando sia resa durevolmente o definitivamente più difficile la partecipazione della vittima alla vita sociale o «la sua vita nel suo insieme». Si ha cura di precisare (SZILBEREKY, *Sur la modification du Code Civil*, cit., p. 18) che la norma non è limitata ai danni alla salute, perché può essere applicata anche alla lesione dei diritti della personalità. È previsto inoltre il risarcimento del danno non patrimoniale a favore di una persona giuridica, che abbia visto sfavorevolmente influenzata la sua partecipazione alla vita economica. Quella ungherese è la clausola più ampia (v. però la recente riforma jugoslava, su cui *infra* in questa n.). Il c.c. RDT, infatti, ammette un congruo compenso, oltre al risarcimento ordinario, solo per le lesioni alla salute, se in conseguenza di queste la vittima può partecipare alla vita sociale solo in misura ridotta, o se il suo benessere fisico viene pregiudicato in modo notevole o per lungo tempo (§ 338.III). Per la lesione dei diritti della personalità viene invece risarcito solo il danno patrimoniale (arg. ex. § 327.I, e cfr. SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 826, n. 16; POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit. p. 65). Anche l'art. 444 c.c. cecoslovacco prevede il risarcimento per i dolori subiti e l'aggravamento della situazione sociale della vittima, solo in caso di danni alla salute. Il cod. polacco (art. 445) prevede il pagamento di una somma di denaro, oltre al danno patrimoniale, nell'ipotesi di lesione non solo della salute, ma anche della libertà, e nei casi di seduzione dolosa o violenta. Da segnalare che chi lede dolosamente i diritti della persona è tenuto al pagamento di un'ammenda a favore della Croce Rossa (art. 448). Di particolare interesse la recente riforma jugoslava. Il «danno morale», considerato categoria parallela al danno patrimoniale, è definito come «sofferenza fisica o psichica o... paura» (art. 155). La risarcibilità è ammessa in via generale nel primo e nel terzo caso; per le sofferenze psichiche solo in casi particolari (attività vitali diminuite, lesioni dei diritti della personalità, ecc.: artt. 200-202). Sulle ragioni dell'orientamento seguito (che si segnala per l'esplicita ripresa della nozione del danno non patrimoniale come «sofferenza»), v. STANKOVIC, *La responsabilité civile selon la nouvelle loi yougoslave sur les obligations*, cit., pp. 769 s., 774 ss.

¹⁵⁰ Tale tendenza si esprime altresì nella codificazione, nei testi più recenti, dei criteri

Al di là delle utili indicazioni che ne possono venire per la nostra esperienza¹⁵¹, va intanto segnalato, ai fini della nostra analisi, che tali fattispecie appaiono ispirate non già dalla funzione di educazione-prevenzione, ma piuttosto da una finalità di tipo solidaristico e compensativo¹⁵².

Per quanto concerne poi l'ingiustizia del danno, la formulazione della clausola generale di responsabilità non si discosta, anche nei testi più recenti, dalla tradizione delle due famiglie di diritto scritto europeo. La maggioranza dei codici segue il modello francese¹⁵³; il codice russo e quello della

da seguire nella liquidazione del danno alla persona (artt. 446-447 c.c. cecoslovacco; 459-466 c.c. russo; 444 c.c. polacco; 336-337 c.c. ungherese; § 338 c.c. RDT), integrati da provvedimenti amministrativi che li precisano in termini monetari (v. ad es., per la Cecoslovacchia, STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., pp. 48 s.; per l'URSS, MCGREGOR, *Personale Injury and Death*, cit., pp. 42 s.). Per l'esigenza di predeterminare massimali risarcitori (comprensivi dei danni patrimoniali e non patrimoniali) per le lesioni alla salute o alla vita v. ora ATTYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 223 ss.

¹⁵¹ V. *supra*, § 1, n. 6.

¹⁵² Le spiegazioni della dottrina sono varie, ma comunque sostanzialmente non discordanti con quanto si dice nel testo. Si ribadisce il «principio» della inammissibilità nel diritto socialista di una risarcimento in via generale dei danni non patrimoniali (EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 278; SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit., p. 827); si spiegano le ipotesi «eccezionali» previste come sanzioni, destinate a dare soddisfazione alla vittima (KLAPAC, *Die Verantwortlichkeitsansprüche mit Genügnungscharacter im tschechoslovakischen Zivilrecht*, in *Staat und Recht*, 1977, p. 172), o come possibilità offerta a questa di trovare elementi di compensazione nella sua vita, escludendo peraltro che si tratti di *Schmerzensgeld* (POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., p. 65); o si riconosce la categoria del danno morale (STANKOVIC, *La responsabilité civile selon la nouvelle loi yugoslave sur le obligations*, cit., p. 770), giustificandone la risarcibilità con la finalità di procurare alla vittima mezzi per alleviare o diminuire le sofferenze (A. SZPUNAR, *L'indemnisation des victimes de la route en droit polonais*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1976, pp. 71 ss.).

¹⁵³ Art. 420¹ c.c. cecoslovacco, in collegamento con l'art. 415, interpretati come espressione la più ampia e incondizionata del principio del *neminem laedere* (V. KNAPP, *Quelques problèmes relatifs à la protection légale prévue par le Code civil*, in *Bull. dr. tchecosl.*, 1964, pp. 42 s.; anche se in verità l'art. 415 [che pone la regola generale in tema di prevenzione: v. *infra*, nn. 161-162] parla di danni «alla salute o ai beni»); l'art. 424 contiene poi una clausola generale per gli atti dolosi contrari alle regole della coesistenza socialista. Clausole generali di tipo francese anche negli artt. 339 c.c. ungherese; 998 c.c. rumeno del 1865 (che, com'è ovvio, ricalca l'art. 1382 *Code civil*; EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 276); 415 c.c. polacco (cfr. D. LASOK, *Codification of Polish Law*, in BARRY et al, *Codification in the Communist World*, cit., p. 211; e SZPUNAR, *La place de la responsabilité civil en droit polonais*, cit., p. 865, sull'impossibilità di fornire «una lista esaustiva degli atti illeciti nel diritto civile»).

RDT rimangono fedeli al modello tedesco¹⁵⁴.

Tuttavia, l'esigenza di estendere la tutela civile a «beni nuovi» (e in particolare l'ambiente e i diritti della personalità) è stata avvertita¹⁵⁵, e si è tradotta, in maniera parziale ma non priva di elementi innovativi¹⁵⁶ nei testi normativi¹⁵⁷ e in particolare nella riforma del 1977 del codice civile

¹⁵⁴ L'art. 441¹ c.c. russo parla di danno causato alla persona o alla proprietà di un cittadino, oppure a un'organizzazione; il c.c. RDT ricorre al ben noto trinomio vita, salute, proprietà (§§ 323-325 sul dovere di prevenzione; § 336 sul danno risarcibile). V. in proposito i rilievi critici di G. CRESPI REGHIZZI, G. DE NOVA, R. SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 82; diversa la valutazione di RODOTÀ, *Il codice civile della RDT*, cit., p. 25.

Da tempo si è del resto sottolineato, in via generale, come la contrapposizione tra sistemi ad illecito tipico o atipico non vada enfatizzata, viste le non decisive conseguenze operative dello schema formale adottato (cfr. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, cit., pp. 65 ss.; TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., pp. 92 s.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*², Torino, 1981, pp. 83 ss.; ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, cit., p. 246 s.).

¹⁵⁵ Tale esigenza ha costituito l'oggetto della Conferenza internazionale dell'Istituto per lo Stato e il diritto dell'Accademia delle scienze di Polonia del 1979 (EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 64).

¹⁵⁶ Opposte valutazioni con riferimento al c.c. RDT, in CRESPI REGHIZZI, DE NOVA, SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica tedesca*, loc. cit.; e in RODOTÀ, *Il codice civile della RDT*, cit., pp. 26 s.

¹⁵⁷ Limitata, ma non priva di interesse, è anzitutto la disciplina in tema di immissioni dettata dal § 329 c.c. RDT (sulla quale POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 36 ss.; SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 244 n. 2 e 395 n. 51). Né pare, in generale che la tutela civile contro l'inquinamento e l'aggressione ai valori ambientali attraverso le norme sulle immissioni e il vicinato possa andare molto al di là di quanto in tale norma previsto (diversamente CRESPI REGHIZZI, DE NOVA, SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica tedesca*, loc. cit.; sul problema in generale C. SALVI, *La proprietà fondiaria*, in *Proprietà*, I, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 7, Torino, 1982, pp. 397 ss.). Analoghe considerazioni per l'art. 345 c.c. ungherese, che, a seguito della riforma del 1977, estende esplicitamente la clausola di responsabilità aggravata (v. *supra*, n. 120) al danno arrecato mediante un'attività che pone in pericolo l'ambiente umano (SZILBEREKY, *Sur la modification du Code Civil*, cit., p. 17); similmente l'art. 155 della cit. l. jugoslava del 1978, che contiene anche una norma *ad hoc* sulla responsabilità del produttore di beni difettosi (art. 179).

Per quanto concerne la tutela della personalità, la tecnica adottata è quella, anzitutto, della enunciazione (spesso nel quadro dei «principi generali del diritto civile socialista»: v. ad es. il § 7 c.c. RDT) di tali diritti, e poi della indicazione delle forme di tutela, tra le quali il risarcimento del danno (di solito, patrimoniale: v. *supra*, n. 149). Cfr., per una rassegna, EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., pp. 116 ss. Tra le tecniche specifiche di tutela, poi, accanto a quella inibitoria, di solito espressamente prevista, si segnala il meccanismo delle *astreintes* contemplato dal diritto rumeno

ungherese¹⁵⁸.

L'ampliamento dell'area della tutela oltre i beni tradizionalmente protetti dalla clausola generale di responsabilità fa sorgere però immediatamente l'esigenza dell'articolazione delle forme di protezione civile, secondo tecniche che non possono più esaurirsi nel risarcimento del danno¹⁵⁹.

La finalità «preventiva» del diritto civile¹⁶⁰ richiede insomma una

(EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 118), e dall'art. 157 della cit. l. jugoslava (sul quale v. le precisazioni di STANKOVIC, *La responsabilité civile selon la nouvelle loi yougoslave sur le obligations*, cit., p. 776, il quale esclude che l'esistenza di un «danno risarcibile» costituisca presupposto per l'applicazione della tutela preventiva); nonché il cit. art. del c.c. polacco (*supra*, n. 149), che prevede una sanzione pecuniaria a favore della Croce Rossa in caso di lesioni di diritti personali, come il diritto alla reputazione (cfr. LASOK, *Codification of Polish Law*, cit., p. 212).

¹⁵⁸ Per i danni ambientali v. n. prec. Nella nuova disciplina dei diritti della personalità (artt. 76-83; cfr. SZILBEREKY, *Sur la modification du Code Civil*, cit., pp. 11 s.), si segnalano, tra i «nuovi beni» protetti, l'estensione della tutela della reputazione verso chi fa apparire fatti reali sotto una falsa luce (art. 78²), la protezione del *know-how* (art. 81), la disciplina del trattamento dei dati mediante calcolatori (art. 83). Per le tecniche di tutela, particolarmente significative sono la dettagliata disciplina del diritto di rettifica (art. 79), l'obbligo del responsabile di pagare un'ammenda, da destinare a fini pubblici, se l'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima secondo le regole della responsabilità civile non è proporzionato alla gravità del comportamento (art. 84²), nonché il divieto di comunicare i dati inseriti nel calcolatore a persone non autorizzate e il diritto dell'interessato a conoscerli e a ottenerne la rettifica se non rispondenti alla realtà (art. 83). Tale ultima disciplina va ora integrata con gli artt. 21 e 22 del decr. min. int. n. 1 del 1981, tradotto in Camera dei deputati, *Banche dati e tutela della persona*, Roma, 1981, pp. 392 ss.

È inutile richiamare i temi noti per la dottrina italiana, evocati da questa disciplina. Per la tutela dell'identità personale v. *supra*, § 1, n. 6; adde A. GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, pp. 84 ss., con riferimenti comparatistici. Per i computers v. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, pp. 45 ss.; ID., *Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico*, in *Pol. dir.*, 1982, pp. 25 ss.; G. ALPA, *La raccolta delle informazioni e l'accesso alle banche dei dati nell'esperienza italiana*, *ivi*, pp. 211 ss., dove rassegna delle recenti leggi dei paesi dell'Europa occidentale. La disciplina del *know-how* va considerata nel contesto del peculiare atteggiamento degli ordinamenti socialisti nei confronti dei diritti intellettuali (cfr. EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., pp. 293 ss.).

¹⁵⁹ V. le nn. precedenti; e, per il problema in particolare nel diritto sovietico, STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., pp. 72 s., 151 s.

¹⁶⁰ Cfr. G. BLEY, *Über rechtliche Schadenszufügung und die ausservertragliche zivilrechtliche Verantwortlichkeit*, in *Probleme des sozialistischen Zivilrechts*, Berlin, 1963, pp. 231 ss.; KNAPP, *Quelques problèmes relatifs à la protection légale prévue par le Code civil*, cit., pp. 42 ss.; G. EÖRSI, *Prävention und Verschulden*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hung.*, 1 (1959), pp. 229 ss.; ID., *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im ungarischen Zivilgesetzbuch*, cit., pp. 266 ss.; IONASCO, in *Introduction aux droits socialistes*, cit., pp. 458 ss.; G. BLEY, U.

strumentazione ulteriore rispetto al binomio – caratteristico degli ordinamenti socialisti – costituito dal dovere generale di prevenire il danno¹⁶¹ (che appare invero normalmente più una giustificazione ideologica delle regole di responsabilità che una situazione dotata di un autonomo profilo tecnico-operativo)¹⁶², e dal criterio della colpa come fondamento della responsabilità¹⁶³.

È possibile, a fronte delle tendenze concettuali e normative più recenti, che si è cercato di riassumere, continuare a fondare prioritariamente la responsabilità civile sulla funzione dell'educazione alla prevenzione?

Eörsi, come si ricordava¹⁶⁴, tenta con grande rigore di aggiornare la concezione tradizionale sulla base dei dati nuovi, soprattutto mediante il ricorso ad una nozione di *Vorwerfbarkeit*, idonea a ricomprendere anche i criteri di imputazione differenti dalla colpa¹⁶⁵.

DÄHN, *Funktion und Bedeutung eines neuen Zivilgesetzbuches in der DDR*, in *Dem. und Recht*, 1975, pp. 172 s.; SANILEVICI, *La réglementation de la responsabilité civile délictuelle dans les Codes civils des pays socialistes européens*, cit. p. 823; POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 11 ss.; J. GÖHRING, *A propos du code civile et du code de procédure civile de la R.D.A.*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1977, pp. 114 s.

¹⁶¹ Cfr. artt. 415-416 c.c. cecoslovacco; 72 l. fondamentale dell'URSS (v. *supra*, n. 111), con riferimento ai pericoli che minacciano la proprietà socialista; 438 c.c. polacco; e i §§ 323-325 c.c. RDT.

¹⁶² Da segnalare, tuttavia, il diritto di chi agisce allo scopo di prevenire o diminuire i danni, o di difendere da pericoli, al rimborso delle spese ed al risarcimento per gli svantaggi sofferti (§ 326 c.c. RDT, che prevede altresì che in casi particolari tale pretesa possa essere fatta valere nei confronti dell'Assicurazione di Stato; artt. 419 c.c. cecoslovacco e 439 c.c. polacco). Inoltre, è previsto il dovere della vittima di agire per evitare o mitigare il danno, con la conseguente riduzione, in caso di inerzia, dell'ammontare del risarcimento, dagli artt. 417 c.c. cecoslovacco e 340 c.c. ungherese (per la corrispondente tematica nel nostro ordinamento, v. G. CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 553 ss.; DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., pp. 49 ss.).

Sulla normativa ricordata v. KNAPP, *Quelques problèmes relatifs à la protection légale prévue par le Code civil*, cit., pp. 44 ss.; Z. KRATOCHVIL, *La nouvelle législation civile dans la République socialiste tchécoslovaque*, in *Bull. dr. tchécosl.*, 1964, pp. 18 s.; ROPPO, *Una esperienza di codificazione nella RDT: il nuovo Zivilgesetzbuch*, cit., pp. 587, 593; POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, cit., pp. 16 ss.; EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 277.

¹⁶³ V. *supra*, nn. 112-117.

¹⁶⁴ V. *supra*, nn. 123-129. Sulla stessa linea SÓLYOM, *The Declin of Civil Law Liability*, cit.

¹⁶⁵ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., pp. 37 ss. Tale nozione si fonda non su un atteggiamento psicologico o su una pretesa libera determinazione del volere, ma sul complesso di fattori sociali che determinano in concreto il processo formativo dell'agire umano, e sul quale la regolazione giuridica può, secondo l'A., se orientata

Per ottenere questo risultato, tuttavia, egli deve pagare un prezzo non piccolo: ammettere cioè che la possibilità di svolgere il compito di educazione-prevenzione costituisce il limite, e non l'esplicazione unitaria, delle regole di responsabilità¹⁶⁶; che l'istituto è segnato fin dall'origine dalla contraddizione tra il punto di vista dell'educazione e della prevenzione, e la ineliminabile, anzi essenziale, funzione riparatoria¹⁶⁷; che il sistema unitario, derivante dal rifiuto delle tesi bipolari¹⁶⁸, è comunque differenziato al suo interno, a seconda dell'estensione che in concreto è assegnata alla responsabilità nelle diverse ipotesi, sulla base delle esigenze sociali¹⁶⁹.

Argomenti, come si vede, che - *mutatis mutandis* - abbiamo già incontrato nella nostra indagine, e che sembrano confermarne l'assunto di fondo. Sicché non stupisce che un autore, così attento a segnalare i tratti differenziali tra il sistema socialista e quello capitalistico della responsabilità¹⁷⁰, abbia di recente riconosciuto la convergenza, praticamente assai importante, nello sviluppo di istituti e soluzioni, tale da oscurare gli «antagonismi di base»¹⁷¹.

7. Utilità e limiti dell'argomento comparatistico. Conclusioni provvisorie

Pare dunque possibile tirare le fila della ricognizione problematica che si è svolta. I tentativi di individuare un principio funzionale unitario della responsabilità civile, che sostituisca sia la tradizionale preminenza della colpa, sia la prevalenza successivamente assegnata al profilo riparatorio¹⁷²,

consapevolmente alla prevenzione dei danni, incidere positivamente.

¹⁶⁶ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 29.

¹⁶⁷ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 31.

¹⁶⁸ V. *supra*, nn. 123-129.

¹⁶⁹ EÖRSI, *Thesen über die zivilrechtliche Haftung*, cit., p. 33.

¹⁷⁰ V. *supra*, n. 106.

¹⁷¹ G. EÖRSI, *Convergence in Civil Law?*, in *A Socialist Approach to comparative Law*, Leiden-Budapest, 1977, p. 94; impostazione accolta da SÓLYOM, *The Declin of Civil Law Liability*, cit., e condivisa da EMINESCU, POPESCU, *Les codes civils des pays socialistes*, cit., p. 65. Il problema è ampiamente ripreso, nei suoi termini generali, in EÖRSI, *Comparative civil (private) law*, Budapest, 1979 (sul quale v. le recensioni di A. TUNC, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1980, pp. 468 ss.; e di R. SACCO, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, pp. 585 ss.). Cfr. anche V. KNAPP, *Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé*, in *Buts et méthodes du droit comparé*, a cura di M. Rotondi, Padova-New York, 1973, pp. 427 ss.

¹⁷² *Supra*, § 1.

non sono convincenti per ragioni attinenti sia ai limiti intrinseci di tali tentativi, sia al rapporto tra teorie e realtà ordinamentali.

Dal primo punto di vista, i modelli funzionalmente unitari sono fondati su postulati (la massimizzazione della ricchezza, la giustizia intesa in senso rigidamente correttivo, la funzione educativo - preventiva della responsabilità) che sono in realtà giudizi di valore, e come tali – senza che sia necessario scomodare Popper¹⁷³ – soggetti ad argomentazione prescrittiva, e non – come almeno in parte pretenderebbero – logico-deduttiva.

Dal secondo punto di vista (ma il rapporto tra i due profili è evidentemente molto stretto), quei modelli, come si è cercato di mostrare, non sono idonei a concettualizzare adeguatamente l'effettiva e multiforme disciplina della responsabilità civile, neppure per le realtà ordinamentali alle quali si riferiscono. Tale disciplina si conferma ispirata ad una poliedricità di funzioni, riconducibile ad unità solo al prezzo – scientificamente inaccettabile – di amputarne una parte rilevante dal discorso costruttivo.

Ne segue, a quanto pare, la precisa indicazione metodologica di privilegiare, nella definizione del sistema, il dato positivo.

A tal fine, l'argomento comparatistico è tanto essenziale quanto pericoloso, se non utilizzato con le opportune cautele. È oggi culturalmente inammissibile riflettere sulla responsabilità civile senza considerare attentamente i dati scientifici, normativi e giurisprudenziali delle altre esperienze giuridiche. Ciò è vero ormai pressoché per tutti gli istituti del diritto privato¹⁷⁴, e lo è particolarmente per quello considerato¹⁷⁵: basterebbe, a confermarlo, la sostanziale omogeneità dei problemi dibattuti anche in sistemi ad

¹⁷³ Cfr. ROWLEY, *Social Sciences and Law: The Relevance of Economic Theories*, cit., pp. 391 ss.

¹⁷⁴ Cfr. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune*, cit., part. pp. 39 ss, 69 ss.; *Buts et méthodes du droit compare*, cit.; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.; ID., *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in ID. (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, pp. 241 ss.; T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, pp. 48 ss., 179 ss.; A. GAMBARO, *Alcune novità in materia di comparazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, pp. 297 ss.; e gli opportuni avvertimenti di O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Mod. L. Rev.*, 37 (1974), pp. 1 ss.

¹⁷⁵ Cfr. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, cit., pp. 68 ss.; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ.*, cit., pp. 1420 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 39; TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., pp. 92 s.; CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 347; LAWSON, MARKESINIS, *Tortius liability for unintentional harm in the Common law and the Civil law*, cit., pp. 179 ss.; e l'importante e continua opera di aggiornamento svolta, utilizzando prevalentemente il metodo comparatistico, da ALPA, BESSONE, ora in *Obbligazioni e contratti*, VI, cit., dove riferimenti ai loro precedenti scritti.

ordinamento economico e sociale profondamente diverso¹⁷⁶.

I rischi di un ricorso non controllato all'argomento comparatistico sono, nel campo qui considerato, principalmente due. In primo luogo, vi è il rischio della unidimensionalità, che privilegia un'esperienza trascurandone altre. L'attenzione esclusiva al dibattito statunitense può condurre a trascurare il canone metodologico¹⁷⁷ che impone di tener conto della diversità del contesto economico, sociale e giuridico, ai fini del ricorso alla comparazione come argomento interpretativo di una determinata realtà normativa.

Il problema non è tanto quello di sapere se nella realtà statunitense è dato leggere il nostro futuro¹⁷⁸. La risposta sarebbe tanto opinabile (la storia ci ha abituato alle sorprese), quanto legata alle attese di ciascuno, tutte rispettabili ma non necessariamente univoche.

Nei limiti di un'analisi scientifica, si tratta piuttosto di considerare attentamente, accanto alla omogeneità dei problemi, anche gli elementi di diversità tra le due esperienze giuridiche. Non ci riferiamo solo ai noti problemi, non certo insuperabili, che pone la comparazione con i sistemi di *common law*¹⁷⁹. Per restare nel campo della responsabilità civile, occorre considerare la diversità esistente anzitutto sul piano dei meccanismi procedurali e su quello della disciplina. Si considerino, sotto il primo aspetto, ed a titolo di esempio, il ruolo del *jury*, l'ammissibilità del patto *de quota litis*, la concezione del cittadino pubblico-ministero¹⁸⁰, che caratterizzano peculiarmente il concreto funzionamento dell'istituto. Sotto il secondo aspetto, basti ricordare il sempre più diffuso ricorso alla figura, estranea al nostro sistema, dei danni punitivi o esemplari¹⁸¹.

¹⁷⁶ V. peraltro *supra*, n. 100.

¹⁷⁷ Per il quale v. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 375; KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, cit., pp. 26 s.

¹⁷⁸ L'argomento è citato da G. GHIDINI, *L'illecito dell'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia. L'impresa*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, pp. 445 s., con riferimento alla posizione di M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e costo «sociale» dei sistemi di risarcimento*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Genova*, 1974, pp. 368 ss. (e v. anche ID., *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 274).

¹⁷⁹ Cfr. per tutti GORLA, *Diritto comparato e diritto comune*, cit., pp. 51 ss.

¹⁸⁰ Per l'incidenza di tali aspetti v. TUNC, *La responsabilité civile*, cit., pp. 84 ss.; sul ruolo degli avvocati, in generale, ATIYAH, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, cit., pp. 629 s.; sul *Private Attorney General*, R.B. STEVENSON, *Le «procureur général privé» dans le droit des sociétés des Etats-Unis*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1978, pp. 779 ss.; sul ruolo del Jury, JOLOWICZ, *Procedural Questions*, cit., pp. 49 ss.

¹⁸¹ V. per tutti STOLL, *Consequences of Liability: Remedies*, cit., pp. 99 ss. (per la opposta tendenza in Inghilterra, *ivi*, 105). La problematica da noi più vicina è quella della c.d.

Inoltre, vi è un altro profilo sul quale è opportuno richiamare l'attenzione. Si è già segnalato come la complessità funzionale della responsabilità civile implichi scelte normative non neutrali. Ciò vuol dire che, se i problemi sono comuni alle diverse esperienze giuridiche contemporanee, non necessariamente comuni debbono essere le soluzioni, non solo per le differenze di disciplina, ma anche per la possibile diversità dei «valori» essenziali, dei principi fondamentali positivamente recepiti dai diversi ordinamenti. Il ricorso a tali valori e principi è indubbiamente necessario per indirizzare nelle grandi linee la risposta ad alcuni quesiti che, come si è visto, sono centrali ed in larga misura ancora irrisolti nel dibattito sulla responsabilità civile. Come graduare, nella determinazione dei criteri per il giudizio, le considerazioni attinenti solo alla posizione reciproca delle parti, e quelle concernenti invece l'«interesse generale»? Quali parametri adottare, all'interno del primo corno del dilemma, per stabilire il punto di rottura dell'equilibrio tra le due parti? Come intendere l'«interesse generale» che giustifica la traslazione del danno dalla vittima al responsabile?

Per rispondere a tali quesiti, l'argomento comparatistico, ancora una volta, è essenziale ai fini conoscitivi, ma può essere fuorviante, se non si considera la non necessitata identità di quei valori e principi di cui si diceva¹⁸². Ed è quanto meno lecito dubitare della corrispondenza tra i canoni sostanziali in tal senso prevalenti nell'esperienza giuridica, e nello stesso recente dibattito, statunitensi, e quelli propri del nostro testo costituzionale¹⁸³.

Per le stesse ragioni, l'analisi degli aspetti funzionali, che è componente essenziale di una moderna indagine sulla responsabilità civile, pare debba indirizzarsi – nei limiti naturalmente in cui tale distinzione sia possibile – piuttosto come conseguenza della ricostruzione sistematica e operativa dell'istituto, che come presupposto di essa.

La strutturazione per clausole generali di larga parte della disciplina del tit. IX, 1. IV, cod. civ. rende certo particolarmente difficile il giusto equilibrio tra dati testuali, principi costituzionali e valutazioni dell'interprete¹⁸⁴.

pena privata, sulla quale v. di recente, P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, pp. 149 ss.; E. MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, pp. 770 ss., part. 780 ss.

¹⁸² V., per l'indicazione di metodo, TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 375.

¹⁸³ Cfr., parzialmente nel senso del testo, S. RODOTÀ, *Tecniche privatistiche e controllo sociale*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, pp. 207 s.; e CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 605.

¹⁸⁴ Cfr. A. BARATTA, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*,

E ciò è tanto più vero, quando si consideri che nell'attuale fase dei nostri studi civilistici questioni come quelle del rapporto tra principi costituzionali e normativa di diritto privato, o tra ruolo della legge e poteri dell'interprete, sono ben lungi dall'essere state risolte, o anche solo impostate, in maniera univoca o comunque largamente omogenea.

Tuttavia, pare che solo la faticosa ricerca di quell'equilibrio, aliena da improvvisazioni emotive come da intenti di restaurazione, possa consentire quanto meno il tentativo di proporre un sistema coerente ed aggiornato della responsabilità civile¹⁸⁵, che appare la premessa indispensabile sia per collocare nel suo giusto posto la tutela risarcitoria nel quadro della tutela civile dei diritti¹⁸⁶, sia per intendere il «ruolo» della responsabilità civile nella complessa realtà di un ordinamento giuridico contemporaneo¹⁸⁷.

1965, pp. 31 ss.; da condividere le equilibrate considerazioni di CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 427.

¹⁸⁵ È certo, comunque, che ogni 'teoria' della responsabilità civile deve confrontarsi con una realtà giuridica così varia e complessa (come sembra essere emerso anche da questa indagine), da dover essere proposta con grande cautela, per non sovrapporre a quella realtà schemi concettuali che rischiano di rimanere sulle pagine dove sono stati faticosamente (o meno) elaborati. Tuttavia quando anche l'obiettivo dovesse essere solo quello di definire (sulla base dell'insieme dei dati positivi: principi costituzionali, norme del titolo IX, l. IV, orientamenti giurisprudenziali) i criteri dell'operazione logica che l'interprete deve compiere nella formulazione del giudizio di responsabilità, non per questo si tratterebbe di un compito da poco. Esso appare anzi non solo utile, ma necessario, proprio in una materia nella quale l'insita ampiezza dei poteri dell'interprete postula la massima precisione nella definizione di quei criteri. V., in proposito, i rilievi di TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., p. 98; di CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 434; e di ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, cit., p. 4; e già, ampiamente, RODOTÀ, *Il problema*, cit., pp. 127 ss.

¹⁸⁶ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, pp. 57 ss., 179 ss.

¹⁸⁷ Ancora una volta, quindi, quesiti come quelli sul 'destino' della responsabilità civile (v. *supra*, § 1, n. 16), o sulla possibilità di ricorrere a tale istituto come tecnica di 'controllo sociale' delle attività economiche o dei pubblici servizi (v. S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori. Atti del convegno*, Milano, 1978, pp. 13 s.), sembra che possano essere risolti solo muovendo dal 'sistema', e non procedendo in senso inverso.

VIII. ALTRE QUESTIONI
DI DIRITTO CIVILE

*Il contratto ingiusto**

SOMMARIO: 1. Aristotele e la giustizia contrattuale – 2. L'invenzione del contratto moderno – 3. Fascismo e contratto – 4. La giustizia come diritto diseguale – 5. Il giudice, il contratto e la Costituzione – 6. Il nuovo contraente debole – 7. Un contratto giusto in una società non giusta?

1. Aristotele e la giustizia contrattuale

La «giustizia contrattuale» è divenuta tema centrale nel dibattito dei civilisti; eppure «sarebbe apparsa cinquant'anni fa l'ipotesi eversiva dell'idea stessa di autonomia privata»¹. Vale la pena di domandarsi le ragioni di quanto giustamente notato in questa osservazione.

Una premessa è necessaria: quando si discute di contratto giusto e di giustizia contrattuale, si presuppone, di solito implicitamente, che esista un'idea condivisa di giustizia, alla cui luce valutare le regole che governano il contratto. Ma nel pensiero occidentale — che ne dibatte da due millenni e mezzo — un'idea condivisa di giustizia non è stata ancora trovata.

Si potrebbe obiettare che è diffusa, negli scritti in argomento, la precisazione che la giustizia, che si teorizza per il contratto, poco o nulla ha a che vedere con il tema (il problema) della «giustizia sociale», che appartarrebbe a tutt'altra sfera di ragionamenti e di competenze istituzionali². E talvolta, per avvalorare la differenza, si accenna alla distinzione di Aristotele³ tra giustizia distributiva (che riguarda i rapporti pubblici) e giustizia commutativa (le relazioni tra i privati, e quindi il contratto). In effetti, nell'*Etica Nicomachea* è scritto che perché vi sia giustizia («reciprocità») nei rapporti privati, i beni scambiati «devono essere in qualche modo commensurabili». E «a questo scopo è stata introdotta la moneta», che rende «i beni da scambiare ... in qualche modo eguali».

L'invenzione della moneta è la premessa per lo sviluppo della società mercantile nel mondo classico, e quindi per l'idea che lo scambio volontario di beni, resi eguali della moneta, esprime un principio di giustizia.

* Pubblicato in *Foro italiano*, 2022, V, cc. 38 ss.

¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 157.

² Per tutti E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1262 ss., 1285 ss.

³ Nell'*Etica Nicomachea* al tema della giustizia è dedicato il libro V; traduzione italiana a cura di C. Mazzarella, Milano, 1993, pp. 187 ss.

Tornare ad Aristotele può quindi non essere inutile: troviamo in lui, per la prima volta, il nesso tra contratto giusto e libero mercato; anche se, come si sa, né in Aristotele né nel diritto romano viene elaborata una figura generale di contratto.

Aristotele considera i rapporti tra i privati nella società del suo tempo, nella quale la sfera della circolazione ha ormai assunto carattere mercantile. Con la fine dell'economia dell'antichità classica, lo scambio tra eguali perde progressivamente centralità economica e sociale (e quindi giuridica). Nel mondo dei feudi e delle corporazioni la giustizia nei rapporti tra privati viene cercata altrove.

2. *L'invenzione del contratto moderno*

L'idea del contratto come forma generale dei rapporti, «giusta» perché fondata sulla volontà dei privati, riemerge con l'avvento del capitalismo e assume un «carattere tutto moderno» solo a partire dal seicento⁴.

Nell'Europa continentale le linee dell'invenzione del contratto moderno sono due: quella che da Grozio e Pufendorf conduce ai pandettisti, e l'altra che da Domat a Pothier porta al Code civil. Ma c'è anche una genealogia inglese: da Hobbes ai Commentari di Blackstone. In tutto l'occidente, le idee del seicento divengono poi categorie e norme giuridiche generali tra la fine del settecento e l'ottocento.

Nel pensiero giusnaturalista si affermano le idee basiche del contratto moderno: il contratto è forma generale dello scambio (oltre i singoli tipi contrattuali), si basa sul consenso delle parti, ed è «giusto» proprio perché liberamente voluto.

Domat, a sua volta, non elabora una teoria moderna della proprietà, per le stesse ragioni per le quali circoscrive la sua innovazione (il contratto come categoria generale fondata sulla volontà) ai rapporti tra «borghesi contraenti», non ai rapporti feudali, e nemmeno ai commercianti, materie riservate alle leggi «arbitrarie», come le chiamava Domat, decise dal sovrano per ragioni di interesse generale, e non dedotte dal diritto naturale. Il motivo dei limiti di applicazione posti da Domat alla sua idea di contratto

⁴ P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano, 1974, p. 136. Di un «sistema opposto» a quello del diritto medievale parla G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, I, p. 75. Un processo parallelo (e non casualmente) con l'invenzione della proprietà moderna, della quale ho scritto in C. SALVI, *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia, 2021.

è che, a differenza dell'Inghilterra e dell'Olanda, già avviate al capitalismo, la Francia del seicento ha ancora forti tratti tardofeudali, e si avvia al mercantilismo, non al liberismo⁵. Ma nel suo campo di applicazione (i rapporti privati in senso stretto), vale la prima «regola generale» che deriva dagli «obblighi naturali» dell'uomo: «les engagements tiennent lieux de lois».

La categoria moderna del contratto include il rapporto di lavoro salariato. Con il capitalismo l'erogazione del lavoro avviene per la prima volta sulla base di un contratto, non di un vincolo di dipendenza. Già in Domat il lavoro salariato è ricondotto al contratto fondato sul consenso attraverso lo schema romanistico *do ut facias*.

Progressivamente, quindi, il contratto moderno non riguarda più solo la sfera della circolazione e del consumo, come nel mondo classico, ma domina anche quella della produzione⁶.

L'inquadramento del contratto di lavoro nel sistema del diritto privato, tuttavia, non è semplice. Il Code lo considera una sottospecie del contratto di locazione, e vi dedica una sola norma, l'art. 1780, per il quale (come tradurrà l'art. 1628 cod. 1865) «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa». I pandettisti tentano di districarsi con la tripartizione in *locatio rei*, *operarum* e *operis*, distinguendo poi tra le opere, in quanto tali, e il risultato che consegue dalle opere. Ma alla fine devono prendere atto che «il contratto relativo agli operai e quello relativo agli apprendisti sono regolati da disposizioni di legge dell'Impero germanico», non dal diritto romano⁷. Il contratto di lavoro fuoriesce così dal diritto privato, e il BGB infatti non lo disciplina.

⁵ Si è esattamente notato che il pensiero di Domat «non può qualificarsi di ispirazione liberista né in economia né in etica» (A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 342).

⁶ Il filone di pensiero che critica l'individualismo possessivo propone una soluzione estrema: l'abolizione del contratto. «Nulla si venderà o scambierà tra i cittadini», scriveva già Morelly, e gli Eguali di Babeuf nel loro programma prevedono l'abolizione del contratto, compreso quello di lavoro: i mezzi di sussistenza saranno assicurati dallo Stato, ma tutti avranno l'obbligo di lavorare. Sarà la soluzione adottata, per il lavoro, in Unione sovietica; ma il contratto resterà, nei sistemi di «socialismo reale», nella tripartizione di contratto tra privati, tra privati e imprese, e tra imprese (il «contratto economico», che però di contratto non aveva molto, perché tra le sue finalità era legislativamente prevista la realizzazione degli obiettivi economici del piano).

⁷ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, tr. it., Torino, 1930, pp. 547 ss., 556.

3. *Fascismo e contratto*

È rinvenibile nel codice del 1942 un'idea di giustizia contrattuale diversa da quella liberale? Caduto il fascismo, fu discusso il destino del «codice Mussolini». Prevalse la tesi che nel codice erano contenute mere concessioni verbali al regime, che non alteravano la continuità con l'impianto tradizionale. Era quindi sufficiente togliere le «parole di troppo», cioè i riferimenti espliciti al fascismo e al corporativismo.

Tuttavia, nella codificazione del 1942 erano confluiti elementi culturali, legislativi e politici nuovi, rispetto alla tradizione civilistica del Code e della pandettistica.

Sul piano teorico, da tempo l'affermarsi del capitalismo organizzato e della produzione di massa avevano avviato il dibattito sull'insufficienza delle sistemazioni codicistiche e delle corrispondenti teorie giuridiche: il diritto soggettivo come potere della volontà individuale, e il negozio giuridico come incontro di volontà.

Filippo Vassalli, il maggior artefice della codificazione, fu in proposito esplicito: il diritto soggettivo basato sulla volontà individuale, se «rispecchiava appieno lo stato liberale (...), non è compatibile [nel 1947 correggerà: «è meno compatibile»] con la maggior parte degli ordinamenti politici più recenti»⁸.

Al tempo stesso, le tendenze emerse nella legislazione di guerra (dirigismo, organizzazione della produzione e tutela delle «parti deboli») erano state — giustamente — interpretate non come una parentesi eccezionale da chiudersi al più presto, ma come l'inizio di una fase nuova: i caratteri dell'intervento dello Stato nell'economia «battono in breccia quell'ordinamento economico e giuridico che per gran parte immutato durava dai codici di Giustiniano nei nostri»⁹.

C'è da aggiungere il dato più importante. Capitalismo organizzato e intervento pubblico nell'economia erano ormai orientamenti comuni a tutto l'occidente; ma solo in Italia si scrisse in quel periodo un nuovo codice e, soprattutto, solo in Italia si avviò il progetto di uno Stato e un diritto corporativi. Il senso delle «novità» del codice — a partire dall'unificazione

⁸ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, pp. 165 ss. (testo del 1942), pp. 621 ss. (testo del 1947). Talvolta non si tiene conto del fatto che questo scritto fu pubblicato nel 1942 in *Nuova antologia*, pp. 159 ss., e poi ripubblicato nel 1947, ma con varianti nel testo e con l'aggiunta delle note. Questa seconda versione è ora in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, Milano, 1960, III, 2, pp. 605 ss.

⁹ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), ora in ID., *Studi giuridici*, cit., II, pp. 337 ss.

con il codice del commercio — può intendersi pienamente solo considerando anche la parte incompiuta (l'emanazione delle norme corporative), quella subito abrogata (la legge che dava valore giuridico alla carta del lavoro), e quella rimasta inattuata (le norme sul controllo dello Stato sull'indirizzo della produzione e sul dovere dell'imprenditore di uniformarsi agli obblighi imposti «nell'interesse della produzione»: art. 2085, 2088 ss.).

Il nesso tra i due aspetti¹⁰ (le novità nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti, e la struttura che avrebbe dato a quelle novità il suo pieno significato) era del resto esplicito: «nel regime dei rapporti obbligatori i diritti individuali sono costantemente adeguati alle esigenze dell'economia nazionale, sia attraverso l'azione normativa e quella concreta dell'ordinamento corporativo, espressamente richiamato dal codice, sia mediante una serie di criteri, quali la tutela della produzione, il dovere di correttezza e di buona fede, il dovere di solidarietà corporativa»¹¹.

Il codice, tuttavia, fu varato dal regime *in articulo mortis*, ed è quindi (per fortuna) impossibile verificare se — come aveva scritto Sergio Panunzio — il senso del nuovo codice sarebbe stato «tutto nel pieno esercizio dell'attività normativa delle corporazioni»¹².

Vediamo alcune delle «novità» nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti che rilevano ai fini del nostro ragionamento.

Per l'art. 1175, «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza in relazione ai principî della solidarietà corporativa». C'è l'eco, nella nuova norma, della coeva dottrina tedesca che considerava in termini di «comunità» la relazione tra debitore e creditore; ma c'è soprattutto l'introduzione di un criterio di valutazione del comportamento dei privati sulla base dell'interesse generale, quale definito dall'ordinamento corporativo. A loro volta i molteplici richiami alla buona fede sono intesi come finalizzati a una funzione «cooperativa», non antagonista, dei rapporti tra i contraenti.

Rimasta la correttezza senza più aggettivi, nel dopoguerra fu intesa a

¹⁰ Individuato con chiarezza da S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 358 ss.; solo molto parzialmente, invece, da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*¹, Torino, 1943, la cui tesi della funzione economico-sociale non riesce a incorporare la logica interventista del nuovo sistema (come noterà GORLA, *Il contratto*, cit., pp. 224 ss.). Naturalmente, l'importante libro di Betti meriterebbe considerazioni molto più articolate; quel che qui interessa notare è come — nonostante l'entusiasmo politico dello studioso — la sua tesi ha poco a che fare con il progetto del regime.

¹¹ VASSALLI, *Motivi e caratteri*, cit. (ed. 1942).

¹² S. PANUNZIO, *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, 1943, pp. 121 ss.

lungo — così come la buona fede — in modo restrittivo. In tempi più recenti, come si sa, il principio di solidarietà, cancellato dal codice, è invece tornato di attualità ricorrendo all'art. 2 Cost., e della buona fede si è data un'interpretazione sempre più estensiva¹³.

Il 2° comma dell'art. 1322 riconosce i contratti innominati (solo) se «diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Il giudizio di meritevolezza¹⁴, a lungo concesso con larghezza, ha assunto oggi invece un rilievo significativo¹⁵, soprattutto quando riguarda non l'intero contratto (in tal caso l'esito è l'irrilevanza e quindi la liberazione delle parti da ogni vincolo), ma una sua clausola: nel qual caso questa è nulla, o sostituita (sostanzialmente) dal giudice, secondo la logica della nullità parziale.

L'art. 1421 (e in genere la nuova distinzione nullità-annullabilità) valorizza l'invalidità come strumento di controllo «esterno», a tutela di un interesse generale, più che come conseguenza della mancanza di un elemento strutturale.

Si teorizzò anche la funzione economico-sociale della causa come espressione dell'assoggettamento dell'autonomia privata alle direttive di politica economica e sociale dello Stato, ma questa teoria non ebbe riscontro nella formulazione delle disposizioni del codice ed è stata progressivamente sostituita, da dottrina e giurisprudenza (Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 438), con la concezione della causa in concreto; oggi si dubita dell'utilità stessa della nozione¹⁶.

Con l'idea che «chi dice contrattuale dice giusto» è poi in conflitto l'art. 1339, per il quale clausole e prezzi imposti dalla legge (o da norme corpo-

¹³ Tornerò sul punto nel § 5. Mi limito qui a segnalare il passaggio dell'art. 1366 da «mezzo soltanto sussidiario dell'interpretazione oggettiva» (Cass. 11 giugno 1991, n. 6610, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, n. 292) a «primario criterio di interpretazione soggettiva» (Cass. 6 maggio 2015, n. 9006, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 375).

¹⁴ Che E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 129, considera espressione di un criterio di «tipicità sociale», da valutare mediante «rinvio a coscienza sociale, economica o etica». Per un'analisi approfondita (e controcorrente) del pensiero di Betti su questo tema, e su quello della causa, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, pp. 81 ss.

¹⁵ Vedi ad es. Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 120 (contratto di intermediazione finanziaria); Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3015 (clausole claims made nei contratti assicurativi); 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Acque pubbliche*, n. 61 (disciplina di concessione di una derivazione d'acqua).

¹⁶ Sulla vicenda della causa v. il libro di M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., rispettivamente pp. 35 ss., 115 ss., 215 ss.

relative, nel testo originario) si inseriscono «di diritto» nel contratto, anche sostituendo clausole pattizie difformi.

Gli art. 1341-1342 introducono nel codice le regole sulla produzione per il consumo di massa, che era uno dei temi discussi dai critici, come L. Duguit, della teoria della volontà.

Infine, il contratto di lavoro torna nel codice, anche se nel libro V¹⁷, coerentemente all'idea — teorizzata da Vassalli e sostenuta dal guardasigilli Dino Grandi — di una riorganizzazione del diritto privato che comprendesse l'intera disciplina della produzione.

Per tornare alla domanda iniziale, la risposta è, in parte, positiva. Il principio della autonomia contrattuale (come quello della proprietà privata) non è messo in discussione. Ma nel codice, nel sistema che intorno al codice si veniva costruendo, nelle teorie del regime, l'idea è che è giusto il contratto quando la collaborazione tra le parti, e l'intervento pubblico, concorrono alla realizzazione dell'interesse generale, identificato con la massima produzione nazionale.

4. *La giustizia come diritto diseguale*

Quando il legislatore, il giudice, lo studioso, a partire dagli anni sessanta, affrontarono il tema dell'attuazione costituzionale nel diritto privato, le «novità» del codice tornarono all'attenzione. Significative sono le pagine nelle quali Stefano Rodotà¹⁸ rilegge Pugliatti¹⁹. Ne emerge una simmetria innovativa: la Costituzione al posto della carta del lavoro, la legislazione democratica in luogo delle norme corporative, i principi dell'art. 41, 2° comma, Cost. (e non il produttivismo nazionalistico) come fondamento e legittimazione dei limiti alla libertà economico-giuridica dei privati.

Nell'interpretazione a lungo prevalente della Costituzione, l'idea di «giustizia» (anche contrattuale) è diversa sia da quella tradizionale (la libertà contrattuale, l'incontro di volontà), sia da quella del fascismo (l'interesse alla produzione nazionale come valore di riferimento). Il principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, 2° comma, contrasta con la prima; i valori del

¹⁷ E in modo tortuoso, cioè attraverso la nozione di «prestatore di lavoro subordinato» (art. 2094), «collaboratore dell'imprenditore», nel quadro delle norme sull'impresa degli art. 2085 ss. prima ricordate.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 129 ss.

¹⁹ Il saggio su *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, cit.

2° comma dell'art. 41, con la seconda.

Si teorizza, valorizzando tali norme, che il diritto eguale borghese è un diritto sostanzialmente diseguale, e quindi introdurre forme di diritto diseguale è la via per recuperare la «sostanza» del principio di eguaglianza.

In coerenza con il principio di eguaglianza sostanziale, nella legislazione attuativa della Costituzione fu usata la tecnica della determinazione del contenuto del rapporto contrattuale, sostitutivo di quello diverso «voluto» dalle parti; e ciò prevalentemente sulla base del rapporto sul bene oggetto del contratto: il contadino rispetto al proprietario terriero nei contratti agrari; l'inquilino rispetto al proprietario immobiliare nei contratti di locazione; il lavoratore rispetto al proprietario dei mezzi di produzione nel contratto di lavoro.

La legislazione attuativa della Costituzione ha assunto talvolta un carattere dirigistico, come quando si imponeva, ad es., un determinato prezzo a un contratto di scambio, anche in sostituzione di quello difforme voluto dalle parti, a fini sociali (il pane), di gestione delle risorse (la benzina), ecc.

Le innovazioni del codice del 1942 furono valorizzate da una parte della letteratura, e considerate non ipotesi eccezionali ma componenti di un nuovo sistema.

I due libri che proposero le soluzioni più incisive furono quelli di Stefano Rodotà e di Pietro Barcellona. Sono scritti troppo noti perché sia il caso di ripercorrerli; mi limito a segnalare alcuni aspetti a mio avviso rilevanti per il dibattito odierno.

Nella sua tesi che vede nell'art. 1374 la «fonte» del regolamento contrattuale, Rodotà segnala che l'equità (la giustizia del caso singolo affidata alla valutazione del giudice), anche se richiamata da quella norma, non è fonte di integrazione del contratto, non è una clausola generale, e svolge un ruolo subalterno²⁰. E la ragione è che le clausole generali (correttezza e buona fede), a differenza dell'equità, richiedono un giudizio basato su indici di valutazione legislativa delle esigenze sociali, a partire dalle norme costituzionali²¹.

In particolare, l'art. 2 («con un singolare ritorno terminologico» al testo originario dell'art. 1175) esprime un criterio di solidarietà «il cui senso concreto va chiarito» valendosi degli art. 36, 37 e 41; norma, quest'ultima, che riguarda non solo i rapporti tra l'attività dei privati e i fini sociali

²⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., pp. 205 ss.

²¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., pp. 151 s., cita gli art. 2, 36, 37, 39, 41 e 42 Cost. Il rapporto di continuità tra norme costituzionali, legislazione e interpretazione delle clausole generali era stato teorizzato in via generale in S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 ss.

dell'ordinamento, ma anche «i rapporti interindividuali».

Pietro Barcellona, a sua volta, privilegia la fonte legislativa, in quanto espressione di democraticità e radicamento politico nel controllo sull'autonomia privata. Egli interpreta le norme «dirigistiche» del codice (in particolare l'art. 1339) come finalizzate alla tutela della «parte debole» del sottostante rapporto sociale. «Il punto di riferimento» della normativa che interviene nel rapporto negoziale è la «posizione spettante al singolo nel contesto sociale, dove non rileva la qualifica di parte contraente bensì la posizione di lavoratore subordinato, affittuario, coltivatore diretto, ecc.»²².

Come si vede da questi brevi cenni, può parlarsi per entrambi gli autori, pur con non irrilevanti differenze, di un'idea di giustizia contrattuale che vede i suoi punti di riferimento nelle norme costituzionali (in particolare gli art. 36 e 41, 2° comma) dalle quali con maggiore evidenza emerge il carattere «diseguale», reso o da rendere giuridicamente rilevante, del rapporto (formalmente eguale) tra le parti contraenti.

5. *Il giudice, il contratto e la Costituzione*

Veniamo ai giorni nostri. Il paradigma, come sappiamo, si è invertito, dopo decenni di predominio (economico-sociale, normativo, culturale) del neoproprietarismo. La vicenda più significativa è quella del rapporto di lavoro.

Il lavoratore era un tempo considerato la «parte debole» per eccellenza, e quindi da proteggere nei confronti della controparte contrattuale: un'asimmetria a suo favore. Oggi è rimasto «debole», ma nel senso che è più debolmente protetto rispetto ai contraenti «normali». Emblematico è l'art. 614 *bis* c.p.c. (introdotto nel 2015). Le misure di coercizione indiretta per l'attuazione del provvedimento di condanna non si applicano al lavoro subordinato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, secondo l'eccezione espressamente (e spudoratamente) prevista dalla norma.

Il cambio di paradigma, tuttavia, non comporta il ritorno all'idea tradizionale di contratto, e di giustizia contrattuale. Anzi, il diritto contemporaneo è segnato da una frammentazione così intensa, che è opinione diffusa

²² P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pp. 33 ss., con riferimento anche all'art. 36 Cost. È nel «rapporto sociale», così inteso, vede la «fonte di una serie di specifiche situazioni soggettive attive e passive», alle quali riferire gli effetti della disciplina del rapporto economico-sociale (pp. 244 s.).

che non si possa utilmente discutere del contratto come figura generale²³.

Le ragioni sono più d'una; ma è indubbio che la più rilevante è la pluralità delle fonti. In primo luogo, per il ruolo crescente di quelle sovranazionali²⁴, che hanno introdotto regole più o meno estranee alla tradizione codicistica, e che sono talvolta intese come espressione di un'idea peculiare di giustizia, in quanto volte ad assicurare una tutela prioritaria a una delle parti (ma il contraente debole non è più l'operaio o il contadino, bensì il proprietario che si rivolge all'idraulico). In secondo luogo, per il ruolo assunto dalla giurisprudenza, da taluno considerata anch'essa «fonte» del diritto (come già nel giusliberismo del primo novecento, da M. Planiol a E. Ehrlich), con il compito di integrare e talvolta derogare quella legislativa, anche qui per rendere più giusto il rapporto contrattuale.

I giudici si appropriano di principî come il dovere di solidarietà e l'eguaglianza, abbandonati dal legislatore, nel tentativo di creare microsoluzioni eque a conflitti interindividuali.

La clausola della buona fede è divenuta, negli ultimi decenni, come già da tempo in Germania, lo strumento privilegiato dell'intervento giudiziario *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi* lo «stretto diritto»²⁵. Il problema, com'è chiaro, non è l'*adiuvandi*, e nemmeno il *supplendi*. Ma può il giudice correggere una norma di legge?

La risposta dovrebbe essere negativa, sia per ragioni costituzionali (come dice l'art. 101, il giudice è soggetto alla legge)²⁶, sia per la scelta del codice di considerare la buona fede regola di comportamento nell'esecuzione (art. 1375) e non fonte di integrazione (art. 1374).

I giudici, per superare queste difficoltà, ricorrono prevalentemente a due tecniche argomentative (a volte mescolate): l'aggancio a principî costituzionali, e l'affermazione della vigenza di un generale divieto di abuso del diritto. Sul secondo — e a tacere di altre considerazioni critiche — basti qui dire

²³ G. DE NOVA, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 4.

²⁴ Non solo Ue: si pensi ai derivati, disciplinati da una fonte solo formalmente nazionale («contratti alieni» li chiama per questo DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 31 ss.). Le modalità di controllo a disposizione dei giudici, cioè la meritevolezza ex art. 1322, 2° comma, e la causa in concreto (Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3142), restano all'interno di una logica interindividuale; è quindi ad esse estraneo il profilo di interesse generale, rappresentato dal micidiale rischio sistemico causato dai derivati speculativi.

²⁵ Il ruolo dello *ius honorarium* secondo Papiniano fu ripreso da F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, pp. 22 ss.

²⁶ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, fasc. 4, pp. 1 ss., sviluppa questo argomento.

che l'argomento è circolare, e quindi privo di un possibile controllo logico.

Quanto ai principi costituzionali, si può osservare che clausole come la correttezza e la buona fede non si prestano al compito di attuarli. Esse possono garantire la conformità della condotta delle parti alla funzione oggettiva del rapporto, e anche correggerlo, se si ritiene ne sussistano i presupposti nomativi, rispetto allo stretto diritto. Non sono invece strutturalmente idonee a far valere finalità di giustizia o riequilibrio sociale, anzitutto perché la loro applicazione è necessariamente limitata al giudizio equitativo su un rapporto bilaterale, sul «caso concreto» oggetto del giudizio.

Del resto, il ricorso del giudice all'argomento costituzionale porta a risultati talvolta opinabili, altre volte condivisibili, ma che potevano per lo più essere facilmente raggiunti senza bisogno di scomodare la Costituzione e i massimi sistemi.

Al dovere di solidarietà²⁷, quando usato come fondamento della buona fede, viene attribuito un ruolo riduttivo, e quindi improprio. Quel principio ha la funzione di fondamento della conformazione normativa dei diritti patrimoniali (come poi specificato negli art. 41 ss.), alla luce dell'utilità sociale e dei diritti della persona, secondo una logica complessiva di giustizia sociale, strutturalmente diversa dalla valutazione equitativa del singolo rapporto.

Per questo, i doveri costituzionali di solidarietà sono destinati o a tradursi (legittimandoli) in obblighi espressamente previsti dalla legge; ovvero a consentire l'interpretazione conforme a Costituzione, o l'applicazione analogica, di norme di legge²⁸. Assumerli anche come fondamento di obblighi ulteriori conduce alla banalizzazione dei principi costituzionali, utilizzati dal giudice per decidere se quanto voluto dalla legge corrisponda alla sua idea di equità (di giustizia del caso singolo, non di giustizia sociale).

L'altro argomento costituzionale per fondare la giustizia del caso singolo, emerso più di recente, è il principio di ragionevolezza riconducibile all'art. 3 Cost. Anche qui, i giudici ne deducono il proprio potere di «bilan-

²⁷ Sulla fallacia del nesso buona fede - principio di solidarietà ha scritto chiare pagine L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, in *Jus*, 1986, pp. 5 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 413, parla di «sbandierata ambiguità» della nozione. Per P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*³, Milano, 2021, 34, il principio di solidarietà, come applicato dai giudici, è così generico da non fornire adeguate indicazioni operative: «resta la declamazione di buoni sentimenti».

²⁸ Così, D'AMICO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, Milano, 2021, I, *Contratto*, p. 601; A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa dir. priv.*, 2021, pp. 31 ss., 70.

ciamento dei beni in conflitto»²⁹.

In breve, buona fede, abuso del diritto, ragionevolezza, principî costituzionali, nel ricorso estensivo che oggi ne fanno i giudici, non hanno a che fare con l'idea costituzionale di giustizia³⁰, ma svolgono la funzione della (antica) equità del giudice, oltre i limiti entro i quali questa è prevista dalle norme del codice. Niente di grave (forse); ma è evidente che per tale via la «giustizia» del rapporto concerne il controllo di singole operazioni, senza incidere in alcun modo sulle cause della disparità di potere dalla quale l'ingiustizia deriva.

6. *Il nuovo contraente debole*

Si è detto della parabola del contraente considerato «debole» in base al principio di eguaglianza sostanziale, nel periodo dell'attuazione costituzionale. Ma un contraente «debole» meritevole di tutela è previsto anche nel codice civile, nella disciplina della rescissione. L'elemento chiave è, in tale disciplina, lo squilibrio nel prezzo rispetto al valore di mercato, in quanto derivante da una condizione soggettiva di debolezza economica. Nel contraente «debole», introdotto dalla disciplina Cee (poi Ue), invece, il principio base è opposto: il prezzo non costituisce un criterio per determinare un

²⁹ La tendenza dei giuristi ad andare «oltre la legalità» (come ha scritto, apprezzandola, P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, Milano, 2021) ha trovato il più autorevole teorico in N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, ed *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021. Le ragioni di dissenso da questo ritorno del giusliberismo (che ebbe il suo momento di gloria nella Germania all'inizio del secolo scorso) risultano da quanto scrivo nel testo. Aggiungo qui l'opinabilità dell'idea che esistano «valori condivisi» così socialmente radicati da consentire al giudice di conoscerli ricorrendo a un principio di ragionevolezza (Lipari cita come esempio la sentenza della Cassazione sul «caso Englaro», che fu invece uno dei casi più divisivi nell'opinione pubblica; del resto, i giudici dei primi due gradi erano stati di diverso avviso). Né si vede perché un giudice, per il solo fatto di aver vinto un concorso pubblico, abbia più titolo degli eletti in parlamento per esercitare la ragionevolezza e individuare i valori preminenti. L'equità giudiziale (perché di questo si tratta) richiama alla mente le decisioni di Sancio Panza da governatore dell'isola Barattiera, raccontate nei capitoli XLV e LI della seconda parte del «Don Chisciotte». Ma alla fine il saggio governatore decise di ricorrere alla legge, emanando ordinanze rispettate e conosciute come «Le costituzioni del gran governatore».

³⁰ «Invece di costituzionalizzare il codice civile si è codicizzata la solidarietà», ha scritto M. BARCELLONA, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 516, nota 43.

vizio del contratto e i relativi rimedi³¹.

La ragione — come da tempo chiarito — è che l'idea alla base del diritto Ue dei contratti di consumo è l'esigenza di contrastare non i limiti sociali del mercato (al quale resta quindi affidata la «giustizia» del prezzo), ma il suo mancato o difettoso funzionamento. Si tratta quindi di «introdurre forzatamente il mercato»³²; l'intervento normativo riguarda le condizioni sulla base delle quali esso si forma³³ (l'antitrust sul lato dell'offerta, la rimozione dei limiti all'informazione, ecc., su quello della domanda).

Nel contratto tra il consumatore e il professionista, la normativa vede nel primo il «soggetto debole» (quali che siano le sue condizioni sociali e la sua situazione economica) per il solo fatto di agire per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale da lui eventualmente svolta; mentre il contraente «forte» è quello che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, anche se è un poveraccio che si arrangia con lavoretti. Come si possa avvicinare questa «coppia» a quella tra datore e lavoratore subordinato, come pure fa qualche autore, è difficile da comprendere.

Nel sistema liberale tradizionale, la disciplina del contratto prevede norme a protezione di chi si trovi soggettivamente, per circostanze contingenti, in condizioni di «debolezza»: lo stato di bisogno o di necessità, l'incapacità, i vizi della volontà, e appresta i corrispondenti rimedi (rescissione, annullabilità).

Il soggetto è invece considerato debole dal diritto europeo non perché in condizioni di debolezza economica soggettiva, e nemmeno perché l'economia di mercato rende tale la sua condizione sociale di lavoratore, inquilino, contadino, ecc. (in quanto privo della proprietà dei mezzi di produzione, dell'abitazione, ecc.), ma perché non adeguatamente informato, e quindi ritenuto non idoneo a consentire il funzionamento ottimale del mercato.

³¹ C. CAMARDI, voce *Rescissione (squilibrio contrattuale)*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, Milano, 2021, I, *Contratto*, pp. 969 ss., critica l'assimilazione alla rescissione degli odierni contratti c.d. asimmetrici (pp. 992 ss.).

³² Così M. BARCELLONA, *Equilibrio contrattuale*, cit., p. 452. Un esame delle diverse opinioni circa «le ragioni di una disciplina controversa» è svolto da L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, pp. 25 ss.

³³ Dalla sovrapposizione, nei contratti di derivazione Ue, di tutela individuale e interesse generale al mercato concorrenziale, che spetta al giudice attuare, anche se irrilevante per l'interessato, nasce la figura della nullità di protezione (o «selettiva»), che ha dato molto da fare alla giurisprudenza: Cass. 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, I, c. 975; Cass. 4 novembre 2019, n. 28314, *id.*, 2020, I, c. 934; Cass. 17 maggio 2021, n. 13259, *id.*, 2021, I, c. 2325, dove bibliografia.

Lo ha spiegato la Corte costituzionale (sent. 469/02, in *Foro.it*, 2003, I, c. 332), che ha ritenuto legittima l'esclusione dalle tutele, previste per il consumatore, di altri soggetti pure dotati di minore potere contrattuale, come i piccoli imprenditori e gli artigiani. La finalità della normativa, dice la sentenza, non è la protezione di chi si trovi in condizione di «debolezza» rispetto alla controparte, ma esclusivamente di «tutelare i soggetti presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare».

L'asimmetria di mercato rileva anche, ma sotto un aspetto diverso, nelle discipline dei contratti tra imprenditori, di derivazione europea, ovvero di matrice nazionale (la subfornitura); le quali, secondo una nota tesi, potrebbero essere ricondotte a una matrice unitaria (il «terzo contratto»).

La differenza non certo secondaria è nelle ragioni che sono a fondamento della tutela dei consumatori, da un lato, e dell'imprenditore debole dall'altro. Se la funzione della prima è assicurare le condizioni per una scelta di consumo consapevole e informata, il presupposto della seconda è invece l'esistenza di una particolare situazione di dipendenza economica, e comunque di disparità di potere, nell'ambito di un rapporto tra due imprese.

In un'economia di mercato, però, la disparità del potere contrattuale deriva anzitutto dalle disparità di condizioni economiche e sociali delle parti, e il controllo sul potere d'impresa attraverso normative come quelle di cui si è detto, di conseguenza, ha un'efficacia concreta ridotta. Lo conferma la scarsa applicazione della legge sulla subfornitura: l'imprenditore «debole» difficilmente mette a repentaglio (tanto più in tempo di crisi) il suo rapporto con la controparte «forte», dalla quale dipende economicamente³⁴ (e questa «dipendenza» è appunto il presupposto per l'applicazione della disciplina).

A sua volta, la normativa a tutela dei consumatori ha interessato molto più uno stuolo di giuristi che i destinatari, i quali infatti non vi fanno ricorso. Se ne è parlato come di un *flatus vocis*. In effetti i contratti con i consumatori, per il valore per lo più modesto nel caso singolo, non inducono al ricorso alla via giurisdizionale, con la conseguenza che i relativi diritti «restano solo scritti sulla carta»³⁵. Un'efficace tutela può essere piuttosto assicurata da azioni pubbliche collettive (e quindi estranee alla logica contrattuale) come quelle affidate all'Agcom, o, ancor più, attraverso l'azione inibitoria collettiva oggi prevista dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. Non è insomma per la via individuale e privatistica del contratto che il consumatore può avere un'efficace protezione, ma ricorrendo all'intervento

³⁴ È il c.d. «effetto paura» (A. JANNARELLI, *La «giustizia contrattuale» nella filiera agro-alimentare*, in *Giust. civ.*, 2021, pp. 199 ss., 211).

³⁵ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²², Milano, 2018, pp. 285 s.

pubblico, oppure organizzandosi in una nuova forma di conflittualità non individualistica.

7. *Un contratto giusto in una società non giusta?*

Si è visto, nelle grandi linee, che l'idea del contratto intrinsecamente «giusto», perché libero accordo tra soggetti formalmente eguali, generalizzata con la nascita del capitalismo, si è poi adattata alle sue trasformazioni.

Le «correzioni» alla libertà contrattuale, introdotte nel diritto contemporaneo, non modificano però il paradigma che lo caratterizza, costruito sul primato del mercato. La giustizia affidata ai giudici resta all'interno della logica individualistica, in quanto strutturalmente inidonea a dare rilevanza giuridica privatistica alla dimensione collettiva dei conflitti. L'idea poi di affidare alla disciplina privatistica, e non più al tradizionale conflitto tra interesse pubblico e privato, il compito di orientare l'operato degli agenti sul mercato si è rilevata del tutto inadeguata a garantire un controllo efficace. La crisi dei derivati è stata la manifestazione più evidente di questa inefficacia³⁶.

Sullo sfondo, l'ideologia dominante, per la quale un mercato ben funzionante assicura la protezione dei diritti e valori costituzionali. Ma «il mercato è un luogo per alcuni, lavoratori in particolare, decisamente insalubre»³⁷.

In forme parzialmente nuove, si conferma così la logica che è alle origini stesse del contratto moderno: il binomio inscindibile tra contratto e mercato capitalistico. Si è visto che la storia ha condotto all'abbandono di progetti che hanno prospettato ipotesi (in tutto o in parte) diverse da quella originaria: una forma giuridica funzionale alla «abolizione» del capitalismo, ovvero a un capitalismo organizzato dall'alto, o ancora a un compromesso tra le ragioni del capitale e le istanze dei non proprietari.

A ben vedere, tuttavia, è il tema stesso del «contratto giusto» a non avere senso, se affrontato isolatamente. Il contratto sarà considerato giusto, o ingiusto, a seconda che si ritenga giusto, o invece ingiusto, il sistema economico e sociale nel suo complesso e, soprattutto, i modi di attribuzione della proprietà dei beni e delle risorse, la quale è la premessa, giuridica e

³⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, pp. 639 s.

³⁷ F. DENOZZA, *Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo-liberale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 44.

fattuale, dell'attività contrattuale dei privati.

In altri termini, resta vero quello che un tempo era affermato con chiarezza³⁸: la libertà contrattuale e proprietaria presuppone la disuguaglianza nella ricchezza³⁹. A chi è convinto che le disuguaglianze sono una costruzione sociale, storica e politica, non un effetto «naturale» del funzionamento dell'economia⁴⁰, appare quindi che il contratto è intrinsecamente ingiusto⁴¹, perché la libertà, che in esso si esprime secondo la logica dell'accordo tra eguali, è in concreto «commisurata al potere economico del singolo»⁴². E i correttivi che giudici e leggi si propongono di introdurre, nell'odierna realtà del neoproprietarismo, possono essere utili e apprezzabili, ma non possono modificare la sostanza di questo giudizio.

In altri termini, è inutile cercare la «giustizia» nel contratto; se si vuole, la si cercherà altrove.

³⁸ Come scrisse il giudice Pitney nel caso *Coppage v. Kansas* (1915), p. 236: «It is impossible to uphold freedom of contract and the right of private property without at the same time recognising as legitimate those inequalities of fortune that are the necessary result of the exercise of those rights».

³⁹ Come ha osservato R. PARDOLESI, *Clausole abusive e «terzo contratto»*, in *Foro it.*, 2020, V, cc. 197 ss., 211, «la disparità di forza negoziale non solo è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale»; e ciò a conclusione di una (condivisibile) analisi critica comparatistica delle discipline delle condizioni generali previste per i contratti tra imprenditori. Da un diverso approccio, conclusioni non dissimili in F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M.A. FARINA et al. (a cura di), *Regole e mercato*, 2, Torino, 2017.

⁴⁰ TH. PİKETTY, *Une brève histoire de l'égalité*, Paris, 2021 (trad. it., *Una breve storia dell'uguaglianza*, Milano, 2021), argomenta questa tesi.

⁴¹ Naturalmente, in misura tanto maggiore quanto maggiore è il tasso di disuguaglianza sia nella società, sia tra le parti contraenti.

⁴² U. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, p. 264.

*Il lavoro e la giustizia contrattuale**

SOMMARIO: 1. Alle origini della giustizia contrattuale – 2. Il lavoro dallo *status* al contratto – 3. Il contratto di lavoro è una locazione – 4. Abolire il contratto? Il lavoro come diritto e come dovere – 5. Dal Codice alla Costituzione – 6. Il salario «giusto» e la parabola del contratto di lavoro.

1. Alle origini della giustizia contrattuale

Il tema della giustizia contrattuale¹, venuto di attualità negli ultimi tempi, sembra presupporre che esista un'idea condivisa di giustizia, alla cui luce valutare le regole che governano il contratto. Ma nel pensiero occidentale — che ne dibatte da due millenni e mezzo — un'idea condivisa di giustizia non è stata ancora trovata².

La storia mostra che al succedersi di formazioni economiche e sociali — che organizzano in modo diverso i rapporti di produzione e di scambio — si accompagnano concezioni diverse della giustizia (e di quello che oggi chiamiamo contratto).

Negli scritti in argomento si precisa talvolta che la giustizia, che si teorizza per il contratto, poco o nulla ha a che vedere con il tema della «giustizia sociale», che appartarrebbe a tutt'altra sfera di ragionamenti e di

* Scritto destinato all'opera *Per i cent'anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Jovene, Napoli, 2022, anche pubblicato in *Europa e diritto privato*, 2022, pp. 695-711.

¹ Ne ho parlato in C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, cc. 38 s.

² V. ad es. l'antologia a cura e con introduzione di S. MAFFETTONE, S. VECA, *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma-Bari, 1997; oppure P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna, 2020. «There can exist several distinct reasons of justice, each of which survives critical scrutiny, but yields divergent conclusions» (A. SEN, *The Idea of Justice*, London, 2009, p. X), e su questa premessa è criticata da Sen la nota teorizzazione di J. Rawls. Per Kelsen è «giusto» quello che in un determinato tempo una determinata collettività di soggetti considera tale. «Un sistema positivo di valori non è una creazione arbitraria di un individuo isolato. Ogni sistema di valori è un fenomeno sociale» [H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?* (1953), trad. it., Macerata, 2015]. Mi sembra la tesi più persuasiva. Ma la bibliografia è sterminata. Utile, per il dibattito contemporaneo, la voce *Justice* di D. MILLER, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, online, Fall, 2017. Sul nostro tema vedi anche la tesi di Posner, per la quale il criterio della massimizzazione della ricchezza è parametro di giudizio non solo dell'efficienza, ma anche della conformità a giustizia di un sistema giuridico (R.A. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge-London, 1983).

competenze istituzionali³. Tuttavia, questa ripartizione di campi si trova in seria difficoltà quando è in questione il contratto di lavoro, per il quale la distinzione tra giustizia tra le parti e giustizia «sociale» si rivela molto difficile, se non impraticabile. E in effetti gli studi dei civilisti contemporanei sulla giustizia contrattuale tendono ad emarginare la riflessione sul contratto di lavoro.

Può non essere inutile fare un passo (molto) indietro. La ripartizione dei compiti tra giustizia sociale e giustizia contrattuale è talvolta fatta risalire⁴ alla distinzione di Aristotele⁵ tra giustizia distributiva (che riguarda i rapporti pubblici) e giustizia commutativa (le relazioni tra i privati, e quindi il contratto). Per la verità il ragionamento di Aristotele è più complesso, ma è vero che nell'*Etica Nicomachea* la giustizia nei «rapporti privati» si esprime (non solo, ma anche) in «rapporti volontari». Aristotele ne dà esempi: vendita, acquisto, prestito, cauzione, nolo, deposito, locazione (oggi diremmo: tipi contrattuali; non è proposta una figura generale di contratto). Ma perché in questi rapporti vi sia giustizia («reciprocità»), i beni scambiati «devono essere in qualche modo commensurabili». E «a questo scopo è stata introdotta la moneta», che rende «i beni da scambiare ... in qualche modo eguali»⁶.

L'invenzione della moneta è la premessa per lo sviluppo della società mercantile nel mondo classico, e quindi per l'idea che lo scambio volontario⁷ di beni, resi eguali della moneta, esprime un principio di giustizia.

Non è un caso che Aristotele non citi, nella sua elencazione, il rapporto di lavoro. Nell'antichità classica la sfera della circolazione ha ormai assunto

³ Per tutti E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1262 s., 1285 s.; da qui la critica (peraltro diffusa) al «Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo» (la versione italiana in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 99 s.). Tali critiche sembrano a volte non considerare che quel «Manifesto» esprime un progetto di politica del diritto, non un tentativo di sistemazione del diritto vigente. Ho svolto una critica alla contrapposizione tra giustizia «sociale» e «contrattuale» in SALVI, *Il contratto ingiusto*, cit.

⁴ V. ad es. A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, pp. 797 ss., 799; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 237, n. 7; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, pp. 1 ss.

⁵ Nell'*Etica Nicomachea* al tema della giustizia è dedicato il Libro V; traduzione italiana a cura di C. Mazzarella (Milano 1993), pp. 187 ss.

⁶ *Ivi*, 203.

⁷ Anche se, come si sa, il contratto come figura generale non viene elaborata nel diritto romano. V. M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, pp. 105 s.

carattere mercantile⁸, e ciò spiega la teorizzazione di Aristotele. Ma altrettanto non può dirsi per la sfera della produzione, dove prevale invece il lavoro schiavistico.

Con la fine dell'economia dell'antichità classica, lo scambio tra eguali perde progressivamente centralità economica e sociale (e quindi giuridica). Nel mondo dei feudi e delle corporazioni la giustizia nei rapporti tra privati viene cercata altrove.

L'idea del contratto come forma generale dei rapporti, «giusta» perché fondata sulla volontà dei privati, riemerge con l'avvento del capitalismo, e assume un «carattere tutto moderno» solo a partire dal Seicento⁹.

Com'è noto, nell'Europa continentale le linee dell'invenzione del contratto moderno sono due: quella che da Grozio e Pufendorf conduce ai pandettisti, e l'altra che da Domat a Pothier porta al *Code civil*. Ma c'è anche una genealogia inglese: da Hobbes ai Commentari di Blackstone. In tutto l'Occidente le idee del Seicento divengono poi categorie e norme giuridiche generali tra la fine del Settecento e l'Ottocento¹⁰.

Nel pensiero giusnaturalista si affermano le idee basiche del contratto moderno: il contratto è forma generale dello scambio (oltre i singoli tipi contrattuali), si fonda sul consenso delle parti, ed è «giusto» proprio perché liberamente voluto. Il rapporto di lavoro entra progressivamente in questa categorizzazione.

2. *Il lavoro dallo status al contratto*

L'attenzione dei giusnaturalisti, ha scritto Gino Gorla, era stata colpita da un importante processo storico, che si stava svolgendo sotto i loro occhi:

⁸ Non da molto: l'introduzione della moneta come «medium universale» aveva, al tempo di Aristotele, un paio di secoli di vita: cfr. K. POLANYI, *La sussistenza dell'uomo*, trad. it., Milano-Udine, 2020, pp. 135 s., 311 s.

⁹ P. COSTA, *Il progetto giuridico*, Milano, 1974, p. 136. Di un «sistema opposto» a quello del diritto medievale parla G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1954, p. 75. Un processo parallelo (e non casualmente) con l'invenzione della proprietà moderna, della quale ho scritto in C. SALVI, *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia, 2021.

¹⁰ L'importante libro di Gorla, cit. nella nota precedente, ha un limite: la continua contrapposizione tra le teorie dei Savants, e il diritto effettivamente praticato nel tempo in cui scrivono. L'opera dei Savants fu di capire quello che stava accadendo, e creare le categorie giuridiche con le quali interpretarlo, aprendo la via all'affermazione effettiva (concettuale e normativa) degli schemi da loro elaborati.

il passaggio da un sistema in cui l'obbligazione giuridica derivava dallo *status* della persona, indipendentemente dalla sua volontà, a un sistema in cui quell'obbligazione sorgeva invece proprio sulla base della volontà¹¹.

Di questo processo è componente essenziale il cambiamento della condizione del lavoratore non proprietario.

La categoria moderna del contratto include il rapporto di lavoro salariato¹². Con il capitalismo l'erogazione del lavoro avviene per la prima volta sulla base di un contratto, non di un vincolo di dipendenza¹³. Già in Domat il lavoro salariato è ricondotto al contratto fondato sul consenso attraverso lo schema romanistico «do ut facias»¹⁴.

Progressivamente, il contratto moderno non riguarda più solo la sfera della circolazione e del consumo, come nel mondo classico, ma domina anche quella della produzione. I diritti feudali «personali» sono i primi a essere aboliti, e il sistema delle corporazioni è contrastato, e poi abrogato¹⁵.

La persona del lavoratore, resa libera ed eguale, si separa dalla forza-la-

¹¹ G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 32, dove il riferimento alla transizione «from status to contract» esaminata da H. S. MAINE nel V capitolo di *The Ancient Law*. Un classico esame dei rapporti tra *status* e classe è in M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., I, Milano, 1968, pp. 299 s.

¹² Anche se, come si vedrà, non senza inversioni di rotta, e persistenti difficoltà. Del contratto di lavoro si è parlato come di «un *monstrum* giuridico non classificabile» (U. CERRONI, *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *Dem. e dir.*, 1974, p. 488). Ancora oggi, quando è prevalente l'idea della fisionomia contrattuale del rapporto, fino a ipotizzare il «ritorno del diritto del lavoro nel seno del diritto civile e del contratto» (v. criticamente R. SCOGNAMIGLIO, *Il Codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 270), la tesi è sostenuta con l'argomento che il contratto è «strumento che può essere piegato anche al perseguimento di interessi superindividuali» (O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro* 7, Milano, 2019, p. 31).

¹³ Lo schema della *locatio operarum* (sul quale v. il § seg.) risale al diritto romano, ma era utilizzato marginalmente nell'antica Roma, per la prevalenza del lavoro schiavistico. V. M. I. FINLEY, *The Ancient Economy*², Berkeley, 1985, p. 73, 107.

¹⁴ M. BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, *Specula Iuris*, 2001, p. 182.

¹⁵ Le corporazioni furono abolite dalla rivoluzione francese con la legge d'Allard (marzo del 1791); pochi mesi dopo la legge Le Chapelier vietava le associazioni tra i lavoratori perché «dirette contro il libero esercizio dell'industria e il libero lavoro a cui ogni categoria di persone ha diritto a qualsiasi condizione concordata con un contratto privato». Il divieto sarà in vigore fino al 1864. Nelle corporazioni il maestro stabiliva le norme lavorative (compreso il salario) non in quanto proprietario, ma sulla base delle decisioni delle corporazioni di cui era membro. Con l'abolizione delle corporazioni, il maestro diventò proprietario, libero di stabilire le regole lavorative. I «compagnons», diventati salariati, si riunivano per avanzare richieste salariali. Fu questa la ragione della legge Le Chapelier. I contratti collettivi furono ammessi solo negli ultimi decenni dell'Ottocento. Vicende analoghe (con diverse tempistiche) si svolsero in tutti i paesi dell'Occidente.

voro, che viene venduta, e passa sotto il controllo del compratore: il lavoro diviene merce¹⁶.

Il processo non è né uniforme, né indolore. Anche la «giustizia» del nuovo sistema è controversa. Locke, mentre teorizza la proprietà come diritto naturale di libertà, pone una riserva: il principio vale alla condizione che restino per tutti beni «sufficienti e altrettanto buoni»¹⁷.

Ma la realtà non ne tiene conto. Un numero crescente di persone resta priva sia della proprietà comune (esclusa teoricamente da Locke, e, in concreto, dalla politica delle *enclosures*) sia della proprietà privata. La condizione di Locke non è adempiuta. È una situazione «giusta»?

Il problema è affrontato da Francis Hutcheson (il maestro di Adam Smith). La parte della popolazione che rimane priva della proprietà della terra, egli spiega, può utilizzare la propria forza fisica e le proprie capacità attraverso il contratto basato sulla libera volontà del lavoratore, ed è la volontà delle parti a stabilire il prezzo dello scambio tra lavoro e salario¹⁸. Il lavoro è «una merce come tutte le altre», e quindi va escluso il controllo del giudice sul suo contenuto, e in particolare sul salario, dice a sua volta E. Burke. La sua polemica è concreta: il «sistema di Speenhamland» dal 1795 prevedeva un'integrazione salariale, a opera del giudice, a carico dei proprietari terrieri¹⁹. È sbagliato, spiega D. Ricardo: «il legislatore non dovrebbe mai interferire per controllare i salari», perché il contratto di lavoro è «come tutti gli altri contratti»²⁰.

¹⁶ K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), Boston, 2001, pp. 71 s.; A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, Torino, 2019, p. 78 s. Da notare che N. FRASER, *Can Society Be Commodities All the Way Down?*, *Economy and Society*, 43 (2014), 4, pp. 541 s., ha criticato Polanyi per non aver visto i lati positivi della mercificazione del lavoro, per avere cioè «ignorato i milioni di schiavi, servi della gleba, contadini ... ai quali un salario ha promesso la liberazione» dai pesanti vincoli di subordinazione del diritto premoderno.

¹⁷ Questa «condizione» è affermata fin dall'inizio della trattazione della proprietà nel Secondo Trattato (V, n. 25, e anche nn. 33, 51). J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 1948, pp. 254 s.

¹⁸ Il pensiero di Hutcheson, come quello di Burke, è esaminato da COSTA, *Il progetto giuridico cit.*, pp. 160 s., 229 s., nella sua meritoria attenzione al pensiero giusnaturalista inglese, solitamente poco considerato dagli studiosi continentali.

¹⁹ POLANYI, *The Great Transformation cit.*, pp. 81 s. Il sistema fu abolito definitivamente nel 1814.

²⁰ D. RICARDO, *Sui principi dell'economia politica e della tassazione* (1821), trad. it., Milano, 1976, p. 70. L'idea che la giustizia contrattuale si identifica con l'allocazione più efficiente delle risorse, e che questa è assicurata dalla libertà economica, si traspone poi nel diritto, attraverso la teoria di R. Coase, fino all'odierna scuola dell'analisi economica del diritto.

3. *Il contratto di lavoro è una locazione*

Nel *Code civil*, il principio di eguaglianza davanti alla legge — l'eliminazione quindi del rilievo giuridico dello *status* nei rapporti privati — porta a compimento la transizione dalle forme giuridiche tardo-feudali a quelle capitalistiche²¹. L'innesto del principio di eguaglianza sull'idea giusnaturalista del libero consenso — dell'incontro di volontà, diranno i pandettisti — dà vita al contratto moderno, «giusto» per definizione (chi dice contrattuale dice giusto)²².

Il principio di eguaglianza risolve il problema del contratto di lavoro. Se datore di lavoro e lavoratore sono su un piano di eguaglianza, quel contratto è un normale contratto civile. Anzi, si scopre che ha più di duemila anni di vita: è un contratto di locazione, come nel diritto romano²³.

La *locatio-conductio* romanistica comprendeva ogni ipotesi nella quale una *res* viene «collocata» dal titolare presso un altro soggetto perché questi vi svolga un'attività e poi la restituisca. Il *Code* ne trasse l'idea che del contratto di locazione «il y a deux sortes»: quello di cose, e quello di opera. Una delle tre «specie» di quest'ultimo è la locazione «dei domestici e operai» alla quale è dedicata una sola norma, l'art. 1780, per il quale (come tradurrà l'art. 1628 cod. 1865) «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa»²⁴.

Inquadrare il rapporto di lavoro nello schema della locazione serviva a ricondurre la sua inedita centralità sociale a uno schema antico e rassicurante. Ma creò anche un rompicapo giuridico, sul quale gli studiosi si trovavano in evidente difficoltà, derivante dall'equiparazione del lavoro, che poi

²¹ Il capitalismo «nasce dove il possessore dei mezzi di produzione trova sul mercato il libero lavoratore come venditore della sua forza lavoro». Sulla nascita del capitalismo K. MARX, *Il Capitale*, I, Torino, 1975, pp. 875 s. (l'accumulazione originaria).

²² L'assioma, che ha avuto molto successo tra gli studiosi di diritto privato, è del (mediocre) filosofo francese A. Fouillée (1838-1912), che lo considera una tra le «idee-forza» del suo sistema metafisico. La frase completa è: «l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste» [A. Fouillée, *La science social contemporaine* (Paris 1880), p. 410].

²³ La realtà del diritto romano era in verità più complessa, come risulta dagli scritti, di grande interesse, di L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, Milano, 1959; *Locazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, 1963, pp. 991 s.

²⁴ È una norma antif feudale, coerente all'abolizione rivoluzionaria delle servitù personali. L'art. 1781 del *Code* stabilisce poi che in caso di controversia sull'ammontare e il pagamento del salario «il datore di lavoro è creduto sulla sua affermazione». Una deroga non da poco al principio di eguaglianza. La norma fu abrogata nel 1868.

sarà chiamato subordinato²⁵, al lavoro autonomo e all'appalto.

I pandettisti provarono a districarsi con la tripartizione in *locatio rei, operarum e operis*²⁶ distinguendo tra le opere in quanto tali, e il risultato che consegue dalle opere²⁷ (ciò soprattutto per individuare i — differenti — criteri di ripartizione dei rischi tra le parti).

L'idea di «giustizia», intesa come incontro di libertà formalmente uguali, che dai giusnaturalisti sorregge il contratto e viene estesa al rapporto di lavoro, era però sempre meno condivisa. Nella seconda metà dell'Ottocento i socialisti (e le teorie di Marx)²⁸, ma anche la dottrina sociale della Chiesa la mettono in discussione. Nella *Rerum novarum* (1891) Leone XIII ne critica uno dei capisaldi, il criterio per il quale «la quantità del salario la determina il libero consenso dalle parti». Esiste, dice l'enciclica, «un elemento di giustizia naturale, anteriore e superiore alla libera volontà dei contraenti, ed è che il quantitativo della mercede non deve essere inferiore al sostentamento dell'operaio».

Negli stessi anni il giurista tedesco Philipp Lotmar, profondo studioso del diritto romano, e tra i fondatori del moderno diritto del lavoro²⁹, scrive

²⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*³, Roma-Bari, 2005, p. 5, parla di «progressiva scoperta del lavoro subordinato» nel corso del primo Novecento. L'origine della nozione viene fatta risalire a L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901 (2' ed. in 2 voll., 1915-1917). Impostazioni analoghe vi furono in Francia e in Germania. Per un quadro di questa fase L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994.

²⁶ Una tripartizione che ha un opinabile fondamento nel diritto romano: AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 992; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, pp. 345 s. I romani non avevano molto interesse alla *locatio operarum*, perché il lavoro libero era marginale rispetto alla massa del lavoro degli schiavi. Ai tempi di Giustiniano, poi [A. MASI, voce *Locazione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 914] la *locatio* si era trasformata in atto di sottomissione al proprietario, embrione della servitù della gleba (un altro modo di regolare il rapporto di lavoro, che ebbe a lungo successo).

²⁷ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it., Torino, 1930, rist., p. 539; ma poi dedica alla locazione una trattazione unitaria (pp. 547 s.), e alla fine deve riconoscere che «il contratto relativo agli operai e quello relativo agli apprendisti sono regolati da disposizioni di legge dell'impero germanico» (p. 556), non dal diritto romano. Il contratto di lavoro non fu regolato nel BGB (una delle ragioni della critica di O. v. Gierke, contrario all'idea della locazione e favorevole a quella comunitaria, all'assenza di un'idea sociale in tale codice).

²⁸ V. il § seguente.

²⁹ PH. LOTMAR, *La giustizia e altri scritti*, trad. it. a cura di I. Fagnoli e L. Nogler, Milano, 2020; a p. 263 s. le caratteristiche differenziali del contratto di prestazione di fare dalla locazione e dalla compravendita: nel primo, «il lavoro scaturisce dall'essere», non dall'avere, della persona; a p. 269 s. la funzione, specificamente propria del contratto di

che la giustizia non può essere un mero fatto aritmetico, che non tiene conto della differenza delle condizioni personali: non sempre, quindi, la parità di trattamento risponde a un principio di giustizia.

4. *Abolire il contratto? Il lavoro come diritto e come dovere*

C'era anche chi pensava che il contratto non andava riformato, ma abolito. Per Babeuf e gli Eguali gli avversari sono la borghesia commerciale e mercantile, la ricchezza mobiliare, più ancora che i proprietari terrieri³⁰. Il commercio privato e la moneta vanno quindi aboliti, e con essi il contratto³¹. Coerentemente, va abolito il salario; i mezzi di sussistenza saranno assicurati dallo Stato, ma tutti avranno l'obbligo di lavorare³².

Nella Dichiarazione dei diritti del 1793, i giacobini avevano individuato, ma non risolto, il problema del contratto di lavoro, che, come scriverà Lotmar³³, deriva dal fatto che il suo oggetto è una persona, trattata come una cosa³⁴. Per l'art. 18, «ciascuno può impegnare i suoi servizi e il suo tempo, ma non può venderli né essere venduto. La sua persona non è una proprietà alienabile». Ci penserà Napoleone, come si è visto, a eliminare ogni dubbio in proposito.

La rivoluzione russa si misura col problema del contratto in generale, e del contratto di lavoro in particolare.

«L'angusto orizzonte giuridico borghese», aveva scritto Marx³⁵, può

lavoro, di «garanzia dei mezzi di sussistenza».

³⁰ G. MANACORDA, *Introduzione* a F. BUONARROTI, *Cospirazione per l'eguaglianza detta di Babeuf*, Torino, 1971, pp. XVIII s.

³¹ Lo aveva detto già E.-G. MORELLE, *Codice della natura* (1755), trad. it., Torino, 1975, pp. 145 s.: «nulla si venderà o scambierà tra i cittadini».

³² BUONARROTI, *Cospirazione per l'eguaglianza*, cit., pp. 149 s.

³³ V. sopra, nota 29.

³⁴ Il tema avrà molte declinazioni, come quella del primo «principio fondamentale» contenuto nella c.d. Dichiarazione di Filadelfia (1944) dell'Organizzazione internazionale del lavoro: «il lavoro non è una merce» (v. A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010, pp. 175 s).

³⁵ Nella *Critica del programma di Gotha*², trad. it., in K. MARX, F. ENGELS, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Roma, 1971, pp. 951 s. Se si esamina nella sua interezza, come qui non è possibile, il ragionamento di Marx, è chiaro che egli tenta di conciliare il conflitto tra l'eliminazione dello sfruttamento del lavoro (in base alla quale ognuno ha diritto a una retribuzione, anche «diseguale» rispetto ad altri) e l'allocazione, invece, secondo i bisogni, collocando i due principi in fasi storiche successive. Per il dibattito sulla

essere superato solo quando si sarà raggiunta «la fase più elevata» della società comunista, e si potrà applicare la regola «da ognuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni». Nella fase precedente, la proprietà comune dei mezzi di produzione richiederà ancora — nella «ripartizione dei mezzi di consumo individuali» — il «diritto borghese», e quindi il criterio dello scambio di merci.

Lenin³⁶ aveva tratto dalle riflessioni di Marx la conseguenza che la ripartizione degli oggetti di consumo presuppone necessariamente non solo la permanenza del diritto borghese, e quindi del contratto, ma anche di uno «Stato borghese» (di cui Marx non aveva parlato), che «costringa» all'osservanza delle sue norme³⁷. Il lavoro, invece, non può essere un rapporto contrattuale: è un diritto e un dovere del cittadino nei confronti dello Stato, e nel diritto sovietico è la legge a regolarne tutti gli aspetti.

5. Dal Codice alla Costituzione

Nel 1942 il lavoro «torna» nel Codice, ma in una visione diversa sia dal liberismo ottocentesco che dall'idea del lavoro subordinata propria del primo Novecento. La nuova disciplina è invece una delle manifestazioni più significative del progetto, portato avanti dal fascismo, di un capitalismo organizzato dall'alto, attraverso la struttura e le regole dello Stato corporativo³⁸.

Per questo la sede della disciplina non è nel libro dei contratti, ma nel nuovo libro V, al quale soprattutto era affidato il compito di attuare la concezione corporativa dell'economia e del lavoro³⁹. E la sede è il Codice, coerentemente all'idea, che caratterizza la codificazione del 1942, di una riorganizzazione del diritto privato comprendente l'intera disciplina della produzione⁴⁰.

«giustizia» del contratto di lavoro in Marx e nel marxismo, A. TOSEL, *Studi su Marx (ed Engels)*, trad. it., Milano, 2020, pp. 74 s.

³⁶ V. I. LENIN, *Stato e rivoluzione, Opere scelte*², Roma, 1971, pp. 922 s.

³⁷ LENIN, *Stato e rivoluzione*, cit., p. 928.

³⁸ Un'idea peraltro non nuova e anzi costituzionalizzata dove meno la si aspetterebbe (art. 165 della Costituzione di Weimar; norma peraltro poi non applicata, ed esito degenerato dall'idea rivoluzionaria del primato dei consigli operai).

³⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 245 s., 249 s., esamina in questa chiave la disciplina lavoristica del Titolo V.

⁴⁰ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, Nuova Antologia, 1942, pp. 159

Le norme chiave sono gli art. 2086 ss.: l'imprenditore, che è il «capo dell'impresa», deve uniformarsi nell'esercizio di essa ai principi e agli obblighi dell'ordinamento corporativo, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi. Il «prestatore di lavoro subordinato» è un collaboratore dell'impresa, dice l'art. 2094. La collaborazione tra datore e prestatore per la realizzazione dell'interesse generale alla produzione nazionale è «il motivo ispiratore e l'obiettivo di fondo» del nuovo sistema⁴¹.

Nel dopoguerra, la «Commissione per la defascistizzazione dei codici» — presieduta da Giovanni Pugliese — aveva proposto l'abrogazione degli artt. 2088 ss.⁴². Ma la proposta non fu accolta. La ragione è che l'abolizione del sistema corporativo, nel frattempo intervenuta, consentiva di considerare irrilevanti quelle norme, perché la disciplina codicistica del lavoro subordinato, depurata dalle istituzioni e regole di quel sistema, appariva conforme alla concezione tradizionale del contratto a prestazioni corrispettive. A differenza che nel sistema liberale, peraltro, legge e contrattazione collettiva attribuiscono al lavoratore condizioni di trattamento economico e normativo derogabili soltanto a suo favore. Per tale via, il rapporto mantiene la fisionomia contrattuale⁴³, ma secondo la logica innovativa che il codice introduce in diversi aspetti della disciplina generale del contratto⁴⁴.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, il lavoro acquista una inedita centralità, a partire dai principi fondamentali⁴⁵. I civilisti ne traggono rilevanti implicazioni di ordine generale nella revisione della categoria contrattuale, ad es. richiamando gli artt. 36 e 41, co. 2, tra i parametri per dare un «senso concreto» alle clausole generali⁴⁶, ovvero considerando quelle norme ispirate alla logica di un diritto «diseguale», resa o da rendere

s. (ripubblicato nel 1947, con varianti nel testo e l'aggiunta di note, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, III, 2, pp. 602 s.); v. anche S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 358 s.

⁴¹ SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, cit., p. 248.

⁴² V. le relazioni della Commissione in *Annuario dir. comp. st. legisl.*, XIX, 1946, pp. 185 s. e ivi XXIV, 1950, pp. 190 s.

⁴³ SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, cit., p. 260.

⁴⁴ Cfr. l'art. 2077, che adotta, per le clausole del contratto collettivo, la tecnica della sostituzione automatica *ex art.* 1339.

⁴⁵ Artt. 1-4, nei quali l'espressione «lavoro» è intesa in senso lato, ma «con un occhio di riguardo al lavoro subordinato» che «pone a repentaglio, nell'effettività delle vicende, le condizioni di libertà, eguaglianza e dignità del lavoratore» (SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, cit., p. 262).

⁴⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 174 s.

giuridicamente rilevante nel rapporto tra le parti contraenti⁴⁷.

Il contratto di lavoro appare così, nella fase storica dell'attuazione costituzionale, il modello di una complessiva rimodulazione della libertà contrattuale, dedotta dalla Costituzione e in particolare dall'art. 3, co. 2. E in effetti la legislazione di quel periodo ripropone il modulo del diritto diseguale in situazioni nelle quali, analogamente al contratto di lavoro, il rapporto da «rendere eguale» in senso sostanziale interviene tra proprietario e non proprietario, come nei contratti agrari o di locazione immobiliare.

6. *Il salario «giusto» e la parabola del contratto di lavoro*

Il «giusto salario» era affidato dal codificatore alle norme corporative, prevalenti rispetto all'accordo tra le parti (art. 2099).

Come si sa, la Costituzione introdusse una novità dirompente: il lavoratore ha «diritto» a una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Su questa norma, a differenza che per altre, la Cassazione fin dall'inizio non ebbe dubbi: superando la diversa impostazione di parte della dottrina e dei giudici di merito ne affermò il carattere precettivo, non programmatico (Cass. 21 febbraio 1952, n. 461).

Per concretizzarlo, la giurisprudenza ha adottato il parametro della disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dai sindacati più rappresentativi⁴⁸.

Il principio dell'art. 36 era condiviso⁴⁹ nella fase storica che si aprì nel dopoguerra. L'art. 23 della Dichiarazione dei diritti Onu usa quasi le stesse parole: il lavoratore «ha diritto ad una retribuzione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana».

Il salario è stato a lungo «giusto» secondo l'idea costituzionale della

⁴⁷ E quindi paradigmatiche di una nuova concezione generale del contratto: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pp. 33 s.

⁴⁸ Applicando tale parametro anche quando una o entrambe le parti con aderiscono a organizzazioni che abbiano sottoscritto i contratti collettivi. Sintetica ma chiara illustrazione della vicenda (e delle sue problematiche, che qui non è il caso di affrontare) in MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 570 s.

⁴⁹ Anche se la via giudiziale è una peculiarità italiana; la maggior parte degli Stati dell'Occidente ha affidato alla legge la determinazione del salario minimo.

giustizia, quale si trae soprattutto dal comma 2 dell'art. 3: il diritto della parte debole prevale sull'autonomia privata. È stato, ma non è più. Come si sa, da tempo si è diffuso il «lavoro povero», che non assicura a chi lavora un'esistenza libera e dignitosa.

La ragione risiede anzitutto negli effetti delle c.d. riforme dell'ultimo quarto di secolo. La diffusione dei contratti atipici e del c.d. lavoro para-subordinato, la prevalenza data alla contrattazione aziendale, le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la generalizzazione dei contratti a termine, la diffusione e degenerazione delle cooperative (con retribuzioni più basse per il — preteso — «socio lavoratore»), l'assenza di una normativa sulla rappresentatività dei contratti collettivi nazionali e aziendali (che consente la moltiplicazione di contratti collettivi fino a quelli c.d. pirata, stipulati da sindacati inesistenti), la diffusione del lavoro sommerso: questo insieme di norme e prassi consente lavori strutturalmente «sottopagati»⁵⁰.

Va aggiunto che gli apparati pubblici di prevenzione, controllo e repressione sembrano disinteressarsi (agevolati dal parallelo disinteresse dei politici) delle condizioni, che non è eccessivo definire servili, nelle quali lavorano centinaia di migliaia di persone (straniere e italiane) senza alcun rispetto delle norme (in teoria) vigenti, a partire da quelle salariali⁵¹.

Infine, ma non da ultimo, il diritto UE. Questo contiene un Titolo dedicato alla «politica sociale», con il richiamo, nell'art. 151 TFUE, alla Carta sociale europea del 1961 e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, che contengono entrambe norme che affermano il diritto del lavoratore a una retribuzione dignitosa⁵². Peraltro il successivo art. 153 esclude dalle competenze dell'Unione le retribuzioni, il diritto di associazione e i diritti di sciopero e di serrata.

⁵⁰ Contratti pirata e lavoro sommerso mettono in crisi l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi, e quindi il principio costituzionale sulla retribuzione, osservava già nel 2005 SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 42. Qui l'a. dimostra una notevole capacità previsionale. I «contratti pirata» sono esplosi negli ultimi anni: dall'archivio del Cnel risulta (22 novembre 2021) che ormai i contratti collettivi stipulati da sindacati fittizi, che praticano dumping contrattuale, costituiscono oltre un terzo di quelli depositati.

⁵¹ Si pensi al bracciantato agricolo e al caporalato, e alle cronache che ne parlano, anche se, per la verità, solo in circostanze eccezionali.

⁵² Per l'art. 4 della Carta sociale europea «i lavoratori hanno diritto a una retribuzione sufficiente per assicurare a loro, e alla loro famiglia, un livello di vita decoroso» (*decent, satisfaisant*). Per l'art. 5 della Carta comunitaria va «assicurata ai lavoratori una retribuzione equa (*fair*), cioè sufficiente a consentire loro un decoroso tenore di vita». Questa Carta fu promossa da Jacques Delors, che poi non riuscì (o non volle) inserirla nel Trattato di Maastricht. Altrettanto poco rilevanti, in concreto, sono i principi del «pilastro» europeo dei diritti sociali.

Per le istituzioni europee, e in particolare per la giurisprudenza della Corte di giustizia, le norme richiamate dall'art. 151 sono in concreto irrilevanti⁵³. L'art. 16 della Carta dei diritti sulla libertà di impresa è divenuto il parametro di riferimento delle sue decisioni; del resto la Carta dei diritti non fa menzione del «salario giusto»⁵⁴. Nel caso di conflitto tra libertà di impresa e diritti sociali, compresi quelli salariali, è la prima a prevalere, secondo la logica della concorrenza (al ribasso) tra ordinamenti: il «mercato delle norme», com'è stato detto⁵⁵. La Corte di giustizia UE afferma di operare un «bilanciamento»⁵⁶ tra diritti del lavoro e ragioni del mercato, ma vincono sempre le seconde; e così, nella competizione tra ordinamenti, vincono quelli meno costosi per le imprese (quelli degli Stati dell'Est Europa). Delocalizzazioni, e riduzioni dei salari negli altri Stati, ne sono le inevitabili conseguenze.

Non è stato solo il «salario giusto» dell'art. 36 Cost. a essere vanificato. Con il contratto precario, caratterizzato dalla breve durata, salvo rinnovo, e con i lavori pseudo autonomi della *gig economy*⁵⁷, il lavoratore vive sotto la permanente minaccia della mancata proroga; e un effetto simile produce la

⁵³ Queste norme, per la verità, sono ignorate anche dai giudici italiani, compresi quelli costituzionali, che considerano «norme interposte» (secondo la loro interpretazione dell'art. 117, c. 1, cost.) solo quelle create dalla giurisprudenza filoproprietaria della Cedu. La Corte costituzionale non ha invece preso in considerazione, a questi fini, le norme dell'Organizzazione internazionale del lavoro, alla quale pure l'Italia ha aderito fin dalla sua costituzione. Del resto, nonostante l'art. 35, 3 co., cost., il nostro paese è carente nell'attuazione delle convenzioni OIL (SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 30).

⁵⁴ L'art. 31 dice (solo) che «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose».

⁵⁵ A. SUPLOT, *Le droit du travail bradé sur le «marché des normes»*, in *Droit social*, 2005, pp. 1087 s. Il tema è ampiamente esaminato da S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, part. pp. 31 s.

⁵⁶ Il «bilanciamento» è tecnica argomentativa da tempo usata dalle Corti supreme, perché consente per lo più di decidere secondo le opinioni e le ideologie dei giudici. Ciò soprattutto quando mancano parametri normativi di riferimento (cfr. ad es., sulla libertà di impresa, l'art. 41, 2 co., cost., e invece l'art. 16 della Carta dei diritti UE). Del resto, l'idea stessa del bilanciamento giudiziale è opinabile. La parola evoca un'idea di equità, di equilibrio. Ma spesso nel bilanciamento un principio è applicato, mentre l'altro è messo da parte, come nei casi citati nel testo. Nell'opinione resa nella sentenza *Whole Woman's Health* del 2020, il presidente della Corte suprema federale statunitense J. G. Roberts ha espresso una critica radicale al balancing test: è come giudicare se una certa linea è più lunga di quanto una certa roccia sia pesante.

⁵⁷ Nobilitati con il richiamo all'intelligenza artificiale e usati in particolare dalle potenze economiche digitali, questi lavori concorrono all'idea del superamento del binomio autonomia-subordinazione, riducendo le garanzie dei lavoratori, nonostante normative che in parte estendono le tutele tradizionali al lavoro etero organizzato.

«riforma» dell'art. 18 dello Statuto, con la monetizzazione delle sanzioni⁵⁸. In queste condizioni, molto difficilmente il lavoratore può rivendicare i propri diritti e partecipare ad azioni collettive che lo contrappongono a chi ha il potere di decidere se continuare a farlo lavorare oppure no.

Il lavoratore era un tempo considerato la «parte debole», e quindi da proteggere nei confronti della controparte contrattuale: un'asimmetria a suo favore. Oggi è rimasto «debole», ma nel senso che è più debolmente protetto rispetto ai contraenti «normali». Emblematico è l'art. 614-*bis* c.p.c. (introdotto nel 2015). Le misure di coercizione indiretta per l'attuazione del provvedimento di condanna non si applicano al lavoro subordinato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, secondo l'eccezione espressamente prevista dalla norma⁵⁹.

La parabola del salario giusto esprime forse più di ogni altra il cambio di paradigma operato dal diritto contemporaneo, per il quale il contraente debole è il consumatore (a prescindere dalle sue condizioni economiche) e il «prezzo giusto» va affidato al mercato.

Si diffonde l'idea di una «dissoluzione del diritto del lavoro come sistema di tutele e garanzie del lavoro subordinato, destinato a rifluire man mano nelle categorie civilistiche e nella disciplina del contratto». Un ritorno all'Ottocento. Ma è una tendenza che è vista criticamente dallo studioso ora citato: le innovazioni non devono «pregiudicare, in misura eccessiva e non tollerabile, le tutele normative del lavoro, con particolare riferimento a quella, che rimane la sua forma principale ed appare tuttora imprescindibile, del lavoro subordinato»⁶⁰; e non devono abbandonare «la linea tradizionale di tutela dei lavoratori subordinati, che costituendo la parte maggiore e più importante della popolazione sono portatori, altresì, in quanto cittadini, degli interessi generali della società nazionale»⁶¹.

⁵⁸ Si è parlato di «deriva risarcitoria» [L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del «nuovo» diritto civile*, in P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, 2014, pp. 402 s.], che sostituisce alla reintegrazione (art. 18 dello Statuto dei lavoratori) indennità monetarie.

⁵⁹ All'opposto, la riforma del processo del lavoro (1973) aveva l'obiettivo di evitare che il decorrere del tempo danneggiasse la parte economicamente più debole.

⁶⁰ SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 11.

⁶¹ SCOGNAMIGLIO, *Il Codice civile e il diritto del lavoro*, cit., p. 271.

*Codice civile e Costituzione**

SOMMARIO: 1. La fase dell'irrelevanza costituzionale – 2. La fase dell'attuazione e della valorizzazione – 3. La de-fondamentalizzazione dei diritti patrimoniali nella *golden age* dell'Occidente – 4. La «scoperta» della Costituzione nel diritto civile: dottrina, giurisprudenza, legislazione – 5. La fase della disapplicazione. Il ruolo del diritto europeo – 6. Valori costituzionali e principio democratico.

1. La fase dell'irrelevanza costituzionale

Nel rapporto tra Codice civile e Costituzione si possono individuare tre fasi: l'irrelevanza, poi l'attuazione e valorizzazione, infine la progressiva disapplicazione.

Per un periodo non breve l'orientamento prevalente fu quello di considerare irrilevante il nuovo testo costituzionale per il diritto civile.

Com'è noto, al Codice civile si assegnava un valore costituzionale, confermato dal mantenimento, anche nel Codice del 1942, delle «disposizioni sulla legge in generale», compresa la disciplina delle fonti del diritto, come premessa al Codice civile. Il sistema era quindi chiamato, con l'entrata in vigore della Costituzione, a una doppia rivoluzione concettuale. In primo luogo, a misurarsi con la nuova gerarchia delle fonti, che equiparava il Codice civile a tutte le altre leggi ordinarie, e lo subordinava alla Costituzione.

In secondo luogo, si era di fronte a un complesso di principi, quali quelli contenuti nel nuovo testo costituzionale, per buona parte disomogenei, e per alcuni aspetti configgenti, con quelli desumibili dal Codice civile, nei quali venivano identificati i «principi generali del diritto» (per usare la formula del Codice del 1865), e i «principi generali dell'ordinamento giuridico», per usare quella del Codice vigente.

In un contesto politico, istituzionale e sociale in larga misura diffidente nei confronti della nuova Costituzione, questa duplice rivoluzione concettuale non venne affrontata per un periodo non breve, e la Costituzione fu considerata irrilevante per il diritto civile.

Del tutto coerente, questo orientamento, con la posizione assunta dalla

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2012, pp. 31-40. Testo rivisto della Relazione svolta al Convegno «I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita» (Roma, 15 e 16 novembre 2011), presso l'Accademia Nazionale dei Lincei.

giurisprudenza della Cassazione, che affermò una doppia distinzione all'interno delle norme costituzionali: tra programmatiche e precettive, e tra precettive complete e incomplete. Solo le norme costituzionali precettive complete erano considerate idonee a determinare l'abrogazione di norme della legislazione vigente; le altre, erano mere indicazioni *de iure condendo*. Sugli orientamenti conservatori della giurisprudenza pesò il ritardo nell'attuazione delle previsioni costituzionali (la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, la riforma dell'ordinamento giudiziario, che rimase a lungo organizzato in modo fortemente gerarchico).

Analogo fu l'atteggiamento della dottrina. Secondo la logica della parentesi crociana, vi fu una sorta di *heri dicebamus*. Dopo che tra il 1945 e il 1946 un acceso dibattito sulla «defascistizzazione» del Codice si concluse con una soluzione legislativa minimale, negli anni seguenti la dottrina rimosse sia i profili innovativi del Codice del 1942¹, in particolare l'inserimento in esso di elementi di legislazione speciale, sia il dibattito giuridico, che pure aveva visto, negli anni '30 e nei primi anni '40, fra i protagonisti proprio i civilisti. Ricordo la discussione sugli effetti che l'attribuzione di valore giuridico alla Carta del lavoro avrebbe comportato nella definizione dei principi generali dell'ordinamento², o l'altra sulla funzione sociale della proprietà privata³. Prevalse a lungo, nel dopoguerra, il ritorno alle tradizionali categorie giuridiche di ispirazione liberale.

2. La fase dell'attuazione e della valorizzazione

La sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale, nell'affermare il principio dell'attuazione delle norme costituzionali *magis ut valeant* (per usare la formulazione di Vezio Crisafulli)⁴, aprì la via a quella che è stata definita la stagione del disgelo costituzionale, che si svolge a partire dagli anni '60.

¹ Ho esaminato la vicenda in C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, pp. 258 ss.

² V. gli atti del Convegno di Pisa del maggio 1940 (*Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943) e in part. gli scritti di S. Pugliatti, F. Santoro Passarelli, G. Grosso.

³ V. ad es. gli atti del Convegno su *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, con scritti di F. Vassalli e altri autorevoli civilisti.

⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 106.

La rivoluzione concettuale richiesta dalla Costituzione presenta notevoli potenzialità per il rinnovamento del diritto civile. In primo luogo, la nuova gerarchia delle fonti, e il corrispondente trasferimento dei principi generali fuori dal Codice, apre al civilista un ampio ventaglio di tecniche di valorizzazione delle norme costituzionali: la verifica della legittimità delle norme del Codice civile; la rilettura degli articoli 12 e 14 delle disposizioni preliminari, che conduce al criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione e alla applicazione analogica di norme non più «eccezionali»; l'applicazione diretta di norme costituzionali; l'integrazione di norme a fattispecie ampia o incompleta. Sono, queste, tutte tecniche adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a partire dalla seconda metà degli anni '60.

In secondo luogo, studiosi e giudici affrontano il problema nuovo, rispetto alla tradizione, determinato dalla fondazione normativa di principi generali in potenziale contrasto con quelli desumibili dall'interno del sistema del Codice.

I principi innovativi maggiormente rilevanti rispetto a quelli tradizionali sono riconducibili soprattutto a tre aspetti, tra loro collegati. I limiti posti dal secondo comma dell'articolo 41 all'iniziativa economica privata e il principio della funzione sociale della proprietà privata; l'articolo 2, per il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana, del rilievo delle formazioni sociali, dei doveri di solidarietà; i due commi dell'articolo 3, collegati dal principio della pari dignità sociale che nel primo comma integra l'eguaglianza di diritto.

Due indicazioni di fondo se ne possono trarre, e furono in effetti tratte dalla dottrina e dalla giurisprudenza: il rilievo dell'interesse generale e dell'utilità sociale, che incide sulle ragioni stesse della tutela dei diritti a contenuto patrimoniale; l'apertura e la progressiva espansione della dimensione non patrimoniale del diritto civile.

3. La de-fondamentalizzazione dei diritti patrimoniali nella golden age dell'Occidente

Può essere utile notare, a fronte di un certo provincialismo nel recente dibattito pubblico sui caratteri della Costituzione italiana, che essi non costituiscono espressione di una anomalia italiana.

In tema di limiti sociali alle situazioni patrimoniali, formulazioni analoghe si trovano in tutte le costituzioni europee varate nei trent'anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale. Ricordo le disposizioni

sociali contenute nel preambolo del 1946 della Costituzione francese (che sono state considerate parte integrante del diritto positivo); le norme della Costituzione tedesca sulla proprietà che obbliga e il cui uso deve servire al bene comune; la Costituzione spagnola, per la quale «la funzione sociale limita il contenuto» del diritto alla proprietà privata (che non è ricompreso nella sezione dedicata ai diritti fondamentali e alle libertà, ma in quella concernente i diritti e i doveri dei cittadini), e la garanzia della libertà imprenditoriale va assicurata «in accordo con le esigenze dell'economia generale e della pianificazione»; l'art. 17 della Costituzione greca: i diritti che derivano dalla proprietà «non possono esercitarsi in modo contrario all'interesse generale».

E del resto, per allargare lo sguardo oltre il nostro continente, tendenze costituzionali analoghe si esprimono nella nuova giurisprudenza della Corte suprema USA nel periodo del New Deal⁵.

Con la *West Coast Hotel* del 1937, la Corte suprema, nell'abbandonare i principi affermati a partire dalla sentenza *Lochner*, afferma che la libertà del contratto non comprende la libertà di pagare un lavoratore «less than a living wage», criterio simile a quello dell'articolo 36 della Costituzione. L'anno successivo, con la sentenza *Carolene Products* viene esplicitamente introdotto il *double standard*: la regolazione pubblica dei diritti economici è assistita da una presunzione molto forte di costituzionalità, mentre nei casi in cui si fanno valere i diritti previsti nel *Bill of rights* c'è «a weaker presumption».

Si crea così quella nuova scala dei valori tra diritti economici da un lato, e diritti sociali e di libertà dall'altro, che è caratteristica della concezione costituzionale della seconda metà del Novecento.

4. La «scoperta» della Costituzione nel diritto civile: dottrina, giurisprudenza, legislazione

Per tornare al nostro Paese, la «scoperta della Costituzione» determina conseguenze di grande rilievo sia nella cultura giuridica dei civilisti, sia negli orientamenti dei giudici.

Essa concorre anzitutto al rinnovamento culturale. Come ha osservato

⁵ Sulla vicenda v. le recenti ricostruzioni (da opposti punti di vista) di J. SCHESOL, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, New York, 2011, e di D.E. BERNSTEIN, *Rehabilitating Lochner*, Chicago-London, 2011.

Luigi Ferrajoli⁶, la previsione del giudizio costituzionale di invalidità delle leggi fa venir meno la presunzione di legittimità del diritto positivo, e con essa l'idea della neutralità politica del diritto. I paradigmi formalistici della scienza giuridica vengono messi in discussione dall'impatto della Costituzione sulle categorie analitiche del diritto privato.

Il ricorso ai principi costituzionali induce il civilista a elaborare strumenti concettuali e interpretativi che rendano ad essi conformi gli istituti del diritto privato. Le teorie della proprietà privata, dell'autonomia privata e del contratto, della responsabilità civile, della tutela dei diritti della personalità vengono riesaminate in questa luce.

Come ho già accennato, i tratti salienti della revisione risiedono essenzialmente in due aspetti: in primo luogo, il rilievo che assumono l'interesse generale e l'utilità sociale nella ricostruzione delle categorie del diritto privato; in secondo luogo, la progressiva espansione della dimensione non patrimoniale.

Dal primo punto di vista viene anzitutto colta la portata innovativa, ancorché parziale, del Codice del 1942 rispetto alla tradizione giuridica precedente, e si dà rilievo alle leggi diverse dal Codice, che la teoria tradizionale considerava norme di natura eccezionale, non utilizzabili ai fini sistematici. Si ritiene invece che alla «legislazione speciale» debba farsi ricorso per una ricostruzione degli istituti fondamentali del diritto privato, che sia insieme realistica e conforme alla Costituzione.

Particolare rilievo viene inoltre dato alle clausole generali, che – si dice – devono essere interpretate alla luce della Costituzione, e in particolare (ma non solo) del principio di solidarietà posto dall'articolo 2. Sulla base di queste premesse, una portata progressivamente crescente⁷ è assegnata al dovere di correttezza e al principio di buona fede.

Sempre più spesso il contratto viene integrato con clausole non previste dai contraenti; si ritiene che il creditore abbia obblighi di protezione delle persone e delle cose della controparte, pur in assenza di una norma che espressamente li preveda; e che il rapporto obbligatorio contenga impliciti doveri di protezione anche nei confronti dei terzi.

Tutte le figure fondamentali del diritto civile vengono per tali vie riviste. La proprietà privata non appare più il diritto soggettivo assoluto della tradizione, ma una situazione giuridica che la legge ha il compito di conformare per garantire interessi sociali. Il rapporto obbligatorio vincola le parti anche oltre ciò che le stesse hanno dichiarato di volere o che le norme di legge

⁶ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, pp. 63 ss.

⁷ V. ad es. Cass., sez. un. civ., 2007/23726; Cass., 10741/2009.

espressamente prevedano. Nella responsabilità civile si dà un peso crescente alle ragioni delle vittime dei danni, attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione dei criteri di imputazione diversi dalla colpa, della nozione di danno ingiusto e di quella di danno non patrimoniale risarcibile.

La dimensione personale acquista una centralità crescente, oltre che attraverso la riconfigurazione degli istituti del diritto patrimoniale, anche attraverso la ricostruzione di un principio generale, desunto dall'art. 2, di ampia tutela della personalità (si traduca in concezioni moniste o pluraliste).

Basti qui ricordare la nascita giurisprudenziale di diritti soggettivi non previsti dalla legge, come la riservatezza e l'identità personale, nonché il ricorso all'art. 32 per la valorizzazione, sotto diversi profili, del diritto alla salute, di cui si afferma la *Drittwirkung*.

Altrettanto significativi (anche se non coronati da successo) sono i tentativi di svincolare la logica del diritto civile dalla dimensione individualistica, proponendo le nozioni (e le corrispondenti tecniche di tutela) di interesse collettivo o diffuso, con riferimento all'ambiente, o alla posizione dei consumatori.

Coerenti a queste innovazioni culturali e giurisprudenziali sono in quegli anni le tendenze legislative. Anticipata dalle due sentenze della Corte costituzionale, che dichiara illegittima la disparità di trattamento fra marito e moglie nel reato di adulterio e afferma la legittimità costituzionale del divorzio, interviene nel 1975 la riforma del diritto di famiglia, basata sul principio di eguaglianza tra marito e moglie e tra figli nati nel matrimonio e fuori del matrimonio, alla luce degli articoli 29 e 30, che riscrive integralmente la disciplina del Codice civile.

Per via legislativa vengono introdotte importanti riforme attuative delle norme costituzionali anche in materia di proprietà e di autonomia privata, con la legislazione urbanistica, con la disciplina vincolistica dei contratti di locazione urbana e di quelli agrari, con una normativa di «diritto diseguale» per il contratto di lavoro; e l'esemplificazione potrebbe continuare.

In definitiva, si può dire che tra gli anni '60 e '80 si dispiega un'opera di attuazione costituzionale che coinvolge sia la scienza giuridica, sia gli orientamenti dei giudici, sia l'attività legislativa, determinando un rinnovamento profondo degli istituti del diritto privato, rispetto ai principi e alle regole del Codice civile.

5. *La fase della disapplicazione. Il ruolo del diritto europeo*

L'attuazione costituzionale di cui ho parlato si svolge e si comprende all'interno della fase storica che caratterizza l'Occidente a partire dal New Deal negli USA e dall'immediato dopo guerra nell'Europa occidentale: quello che è stato definito il periodo del compromesso socialdemocratico, della *golden age*, dei «trenta gloriosi»⁸.

È noto che contro il compromesso tra capitale e lavoro si è sviluppata nell'ultimo trentennio, in tutto l'Occidente, una reazione di segno liberista. Ciò ha determinato una nuova fase nel rapporto tra diritto civile e Costituzione, che definirei quella della progressiva disapplicazione costituzionale.

I principi e le norme della nostra Costituzione sono rimasti finora sostanzialmente immutati, anche se sono state formulate proposte di riforma costituzionale in tema di articolo 41 e di vincoli di bilancio che potrebbero intaccarne alcuni aspetti fondamentali (anche la seconda, che mette in discussione la configurazione dei diritti sociali come diritti fondamentali).

Ma quei principi e quelle norme, formalmente immutati, sempre più vengono a trovarsi in contrasto con le nuove tendenze legislative e giurisprudenziali (oltre che concettuali: mi limito qui a ricordare l'influenza delle teorie dell'analisi economica del diritto, che sostituisce l'efficienza economica ai valori sociali come metro di valutazione dei rapporti giuridici privati). Ho segnalato come l'innovazione introdotta dai principi costituzionali nel sistema del Codice civile riguardi essenzialmente due profili: la rilevanza dell'interesse generale o sociale all'interno della logica di tutela delle situazioni soggettive patrimoniali; l'espansione della dimensione non patrimoniale delle tutele civili.

Nella fase dell'attuazione costituzionale i due profili sono tra loro intrecciati, nel testo costituzionale (cfr. in particolare il 2° comma dell'articolo 41) come nell'elaborazione teorica e negli orientamenti giurisprudenziali (si consideri la giustificazione data dalla Corte costituzionale⁹ dell'assenza di un principio della riparazione integrale dell'indennità di esproprio, derivante dall'esigenza di tutela dei diritti sociali, anche alla luce della seconda parte dell'articolo 2).

Nelle tendenze più recenti, si determina invece una divaricazione dei due profili, in conseguenza soprattutto dell'affermazione della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale (ora anche con riferimento alla

⁸ Per usare le note formule rispettivamente di J. Schumpeter, E.J. Hobsbawm, e della letteratura francese.

⁹ Corte cost., 348/2007, confermando una costante giurisprudenza.

CEDU, attraverso l'ambigua categoria delle norme interposte).

La dimensione sociale dei diritti patrimoniali viene progressivamente espunta (tanto che una dottrina afferma l'abrogazione del principio della funzione sociale)¹⁰. Del resto, se la sentenza della Corte costituzionale 348/2007 a quel principio faceva ancora riferimento, la recente sentenza 181/2011 (in materia di indennità di esproprio delle aree inedificabili) nemmeno più la cita.

Decisivo al riguardo è il ruolo svolto dalle giurisprudenze europee. Quanto alla Corte di giustizia, essa privilegia la tutela delle libertà economiche sui diritti sociali¹¹. Né la Carta dei diritti può modificare questo orientamento. Due annotazioni in proposito. In primo luogo, la libertà di impresa e il diritto di proprietà si ritrovano nell'elenco dei diritti di libertà, e recuperano così il posto che avevano perduto nelle costituzioni del secolo scorso. In secondo luogo, la Carta dei diritti non affronta il tema del potenziale conflitto tra libero esercizio dei diritti patrimoniali e tutela dei diritti personali e sociali. In assenza di criteri normativi per la soluzione di tale conflitto, e di una scala di valori di riferimento, il bilanciamento tra diritti economici e diritti personali e sociali, e quindi la definizione dei rispettivi contenuti, è affidata alla discrezionalità dei giudici, il cui orientamento ho prima ricordato.

Considerazioni non molto dissimili valgono per la giurisprudenza CEDU, che ha dato negli ultimi anni, in materia di garanzia della proprietà privata, un'interpretazione delle norme della Convenzione che fa coincidere la garanzia della proprietà con quella del patrimonio del privato, i cui beni siano stati colpiti dall'espropriazione o da limiti «eccessivi»¹².

L'arrendevolezza che la nostra Corte costituzionale manifesta nei confronti delle giurisprudenze europee ha fatto il resto. L'affermazione della prevalenza del diritto europeo, quale interpretato dalla Corte di giustizia, sul diritto costituzionale (salvi inafferrabili «contro-limiti»), nonché la singolare teoria per la quale le massime delle sentenze della Corte EDU costituiscono «norme interposte» tra Costituzione e legislazione ordinaria, stanno portando alla progressiva disapplicazione dei principi costituzionali

¹⁰ M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in L. BRUSCUGLIA, G. GRISI, O.T. SCOZZAFAVA, *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra Costituzione europea e diritto privato*, Napoli, 2007, pp. 3 ss.

¹¹ Con la giurisprudenza iniziata nel 2007 con la sentenza *Laval*, e ora argomentata, dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti, proprio sulla base delle previsioni di questo testo (Corte giust. 15 luglio 2010 - C. 271/08).

¹² Su questi temi v. gli studi di M. Barcellona, M. Jaeger, S. Mazzamuto, C. Pinelli, G. Raimondi, C. Salvi, pubblicati in *Europa dir. priv.*, 2/2011, pp. 329 ss.

concernenti i profili sociali dei diritti patrimoniali.

Il vero tema che oggi si pone al riguardo è quello affrontato dal Tribunale costituzionale tedesco¹³, al quale invece la Consulta è finora sfuggita: la definizione dei cosiddetti «contro-limiti», dei «principi supremi», in breve del rapporto tra i principi generali del diritto europeo «vivente» (che è quello dei giudici, molto più di quanto è scritto nei Trattati) e i principi costituzionali italiani, la cui garanzia la nostra Costituzione affida alla Corte costituzionale.

6. Valori costituzionali e principio democratico

Un discorso parzialmente diverso può essere svolto per la dimensione personale della sfera giuridica, in particolare con riferimento a tematiche diverse da quelle affrontate dal diritto civile del secolo scorso, introdotte nell'ambito del giuridicamente rilevante da dinamiche sociali nuove e da innovazioni scientifiche e tecnologiche.

Il riferimento è anzitutto alle questioni definite di bio-diritto. Stabilire se e come procreare, e se il concepito sia o meno titolare di autonomi diritti e quali; stabilire se e chi deve decidere sulla morte dato che è oggi possibile prolungare la vita oltre quello che in passato era il suo limite «naturale»: sono quesiti che richiedono una risposta giuridica, che viene cercata nelle norme costituzionali, anche correggendo scelte legislative, come è avvenuto per la fecondazione medicalmente assistita.

Inoltre, si manifestano dinamiche sociali nuove. Le più rilevanti sono anzitutto quelle che riguardano scelte personali: quali rapporti di coppia (riconoscere o no accanto al matrimonio l'unione di fatto?), quale rilievo agli orientamenti sessuali (garantire e come i diritti degli omosessuali?). In secondo luogo, emergono nuovi e più esigenti aspetti del principio di parità tra uomo e donna, come in materia di cognome familiare.

È significativo, tuttavia, che sulle due questioni da ultimo richiamate la Corte costituzionale abbia pronunciato una sorta di *non liquet*, limitandosi a individuare i limiti costituzionali alle scelte da compiere, affidate al legislatore ordinario¹⁴.

¹³ In particolare nella nota decisione sul Trattato di Lisbona (vedila, ad es., in *Foro it.*, 2010, IV, c. 164).

¹⁴ Corte cost. 138/2010 (sulle convivenze omosessuali) e 61/2006 (sul cognome familiare).

Probabilmente questo esito «nullo» deriva dall'esistenza di un limite, oltre il quale la tavola dei valori di riferimento non può limitarsi a un testo scritto, da affidare all'attuazione dei giudici. E la riflessione conclusiva che sto per svolgere vale probabilmente per l'insieme dei temi affrontati in questa relazione.

I costituenti affidarono il loro testo certamente anche ai giuristi – dottori e giudici –, che hanno a lungo fatto la loro parte; ma lo affidarono anche e soprattutto al principio democratico. Ed è sempre più dubbio che il principio democratico sia adottato per le decisioni più rilevanti, che incidono in modo a volte pesante su valori e principi costituzionali: decisioni che invece sono prese sempre più spesso, e in modo sempre più vistoso e persino impudente, in luoghi che non sono quelli voluti e regolati dalla Costituzione.

Class action USA e azione di classe italiana*

SOMMARIO: 1. Le regole della *class action* negli USA. Il *Class Action Fairness Act* – 2. La difficile trasposizione negli ordinamenti europei. Germania e Francia – 3. Azione collettiva e interesse individuale – 4. *Class action* e art. 140-bis: apparenti somiglianze e differenze sostanziali – 5. Considerazioni conclusive.

1. Le regole della class action negli USA. Il Class Action Fairness Act

Le ragioni addotte a sostegno dell'introduzione di forme collettive di tutela giurisdizionale, per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno individuale, sono due: una è quella dell'economia di giudizio, cioè l'utilità di decidere in un'unica sede una controversia che determinerebbe altrimenti una moltiplicazione di processi individuali, la seconda è dare maggiore efficacia alla funzione deterrente che la responsabilità civile svolge nei confronti della grande impresa.

La patria della *class action*, come si sa, sono gli Stati Uniti. Partendo da sparse regole di *equity*, la *class action*, dopo una prima formulazione normativa nel 1938, è stata codificata nel 1966 nella Rule 23 della *Federal Rules of Civil Procedure*.

Nel 2005, per frenare presunti o veri abusi, è stato approvato il *Class Action Fairness Act*, sul quale tornerò.

Dal momento che la soluzione adottata dal legislatore italiano (con la riformulazione nel 2009 dell'art. 140-bis cod. cons.) assume di mimare il sistema statunitense (fin dal nome: «azione di classe»), conviene ricordare le linee di fondo di quel sistema, in buona parte non proponibili nel nostro (e infatti, come si dirà, siamo in presenza di una cattiva imitazione del modello).

Nel sistema americano la *class action* viene introdotta da una persona la quale intende rappresentare una classe di danni che si sia verificata. Normalmente si tratta di un avvocato specializzato in questi campi; vi sono alcuni legali che si occupano solo di *class action*. È consigliata come lettura introduttiva, a chi non è esperto di diritto, il romanzo di Grisham *Il re dei torti*, che contiene una istruttiva descrizione del funzionamento in concreto del sistema americano.

* Pubblicato in *Class Action. Una prima lettura*, a cura di A. Palazzo e A. Sassi, Perugia, 2012, pp. 43-51.

La *class action* però può andare avanti soltanto se il giudice ritiene che sussistano alcuni prerequisites. Essi sono quattro. Anzitutto la classe deve essere così numerosa da rendere estremamente difficile lo svolgimento di singoli processi per ciascuna vittima secondo la procedura ordinaria. Inoltre, le questioni di diritto o di fatto devono essere comuni a tutti i membri della classe. La domanda deve essere tipica delle difese che un normale attore di quella parte presenterebbe. Infine l'attore deve essere in grado di tutelare adeguatamente tutti i rappresentanti di quella classe.

Per verificare la sussistenza di questi requisiti, il giudice attiva una prima procedura rapida, al termine della quale decide se sussistono le condizioni, e in tal caso nomina il rappresentante della classe, che non è necessariamente chi aveva avanzato per primo la richiesta. Di solito, infatti, dopo il primo avvocato che si è presentato, se ne presentano altri, che poi spesso si mettono d'accordo fra di loro per proporre un unico rappresentante. Il giudice, dopo aver deciso che ci sono le condizioni per una *class action*, e aver nominato il rappresentante che ritiene più adeguato, ordina quella che in Italia si chiamerebbe «una notifica per pubblici proclami», cioè che sia data la diffusione più ampia dell'avvio della procedura nei giornali e nelle televisioni, in modo che il maggior numero di persone, che ritengono di aver subito lo stesso tipo di danno, possano aderire alla *class action*.

Il punto centrale, intorno al quale ruota il sistema, e che spiega in particolare i prerequisites di cui si è detto, è che al termine della procedura il danneggiato che non si sia chiamato esplicitamente fuori subisce gli effetti del giudicato, secondo il meccanismo chiamato *opt out*.

Dopo che la causa è stata decisa, il giudice stabilisce l'ammontare complessivo del danno; segue poi la delicatissima fase della ripartizione fra i singoli utenti, in quanto gli avvocati, utilizzando il patto di «quota lite», tendono a prendersi la gran parte del risarcimento, e quindi è previsto un controllo giudiziario anche su questa fase.

Le critiche che sono state rivolte negli USA a questo sistema sono molteplici. La prima critica riguarda l'ammontare dei danni punitivi, che è casuale e può essere eccessivo: nel sistema americano la giuria decide sul fatto, e l'ammontare del danno punitivo è considerato questione di fatto; fino a tempi recenti non c'era un controllo di legittimità sulla ragionevolezza del quantum. La seconda critica riguarda gli avvocati, che finiscono per prendersi quasi tutto il risarcimento, lasciando ai soggetti lesi le briciole. La terza critica riguarda la casualità dell'esito della decisione anche sotto il profilo dello *shopping* giudiziario, per la tendenza a promuovere la *class action* in alcuni Stati, dove le giurie e i giudici sono più favorevoli agli attori.

Si è cercato di reagire con la citata legge del 2005, che rispetto ai tre obiettivi indicati (un tetto ai danni punitivi, modifica dello shopping delle Corti, intervento sulle spese legali), ha affrontato gli ultimi due, in quanto il primo non è passato all'esame del Congresso. Su quest'ultimo tema è intervenuta del resto nel frattempo la Corte suprema, che ha cominciato a introdurre criteri di controllo sull'ammontare, spesso considerato eccessivo, dei danni punitivi. La norma costituzionale che vieta le pene crudeli e inusuali ha costituito la base normativa delle decisioni della Corte suprema.

Nelle premesse del *Class Action Fairness Act* è scritto che «le cause di *class action* sono importanti, sono una parte valida del sistema legale in quanto permettono l'equa ed efficiente risoluzione di legittime richieste di numerose parti».

Ma la relazione aggiunge che «nella recente decade ci sono stati abusi della *class action* che hanno danneggiato i consumatori, hanno colpito il commercio interstatale (alcune industrie non vendevano più i loro prodotti in alcuni Stati per non correre rischi) e hanno ridotto il pubblico rispetto per il nostro sistema giudiziario».

Sostanzialmente, le modifiche introdotte sono due. La prima stabilisce che al di sopra di un certo numero di persone chiamate in causa o di un certo ammontare della cifra in discussione, la causa è di competenza delle Corti federali; la seconda limita il patto di quota-lite, indicando i criteri e i limiti entro i quali può essere applicato.

Accadeva infatti di sovente che gli avvocati si facessero pagare parte in denaro e parte in buoni-acquisto; poi cedevano i buoni-acquisto al consumatore e trattenevano i soldi sotto forma di spese legali.

2. La difficile trasposizione negli ordinamenti europei. Germania e Francia

Si è discusso a lungo in questi anni sulla possibilità di trasferire questo meccanismo, tipico di un sistema di *common law*, in sistemi, come il nostro, di *civil law*. Il problema sta creando serie difficoltà in tutti i Paesi europei, perché l'esigenza di avere un meccanismo di questo tipo è avvertita da tutti, ma i sistemi di diritto continentale sono molto diversi da quello statunitense. La stessa Unione europea non è riuscita a definire una proposta di direttiva.

Alcune differenze derivano dall'ordinamento giudiziario: ad esempio il ruolo della giuria nel diritto civile, che in Italia non c'è; ovvero i poteri del giudice, che negli Stati Uniti sono molto più penetranti che nel sistema

giurisdizionale italiano. Poi esiste un problema costituzionale: dall'art. 24, per il quale «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti», si deduce che l'efficacia del giudicato non possa essere estesa a chi non sia stato parte nel giudizio.

Questi problemi sono superabili, anche se con difficoltà: leggi di questo tipo sono state introdotte in alcuni paesi europei.

Desidero fare in particolare riferimento a una legge e a una proposta di legge recenti, in Germania e in Francia.

In Germania la legge del 1 dicembre 2005, esplicitamente dichiarata «sperimentale» e con vigenza limitata nel tempo, riguarda soltanto le controversie relative ai mercati finanziari. Le controversie regolate riguardano, sostanzialmente, il caso di informazioni ingannevoli nei prospetti, e le alterazioni nel procedimento per l'acquisto dei prodotti finanziari. Il sistema si basa sull'idea di un'azione-modello: quando vi sono molte cause individuali aventi lo stesso oggetto, uno degli attori può rivolgersi alla Corte d'appello chiedendo di unificare le cause. La decisione della Corte d'appello vincola tutte le cause corrispondenti, che si devono interrompere in attesa della sentenza. Non è previsto il sistema dell'*opt out*: chi non è parte delle cause «unificate» può agire in via separata.

In Francia il Governo ha proposto l'inserimento nel Codice del consumo di una norma (applicabile solo alla tutela dei consumatori) che prevede quella che viene definita «azione di gruppo». L'azione di gruppo, che ha lo scopo di risarcire il danno patrimoniale, è introdotta da un'associazione di consumatori rappresentativa ai sensi della legge francese, ma al solo fine di far riconoscere il principio della responsabilità dell'impresa nei confronti del consumatore. Durante l'iter della procedura, si interrompe la prescrizione, e il giudice ordina, a spese del convenuto, la diffusione delle informazioni sul giudizio e soprattutto la diffusione del giudizio di condanna.

Il risarcimento del danno spetta tuttavia ai singoli consumatori che esercitino l'azione, non all'associazione. Il giudice chiede all'impresa condannata di offrire un quantum risarcitorio alla vittima, che può non accettare; in questo caso si torna dal giudice. Se il giudice ritiene che l'offerta non sia stata fatta nel tempo stabilito, o sia manifestamente insufficiente, fissa la condanna, con la somma da risarcire aumentata del 50%.

A mio avviso, la legge tedesca e la proposta francese offrono soluzioni particolarmente interessanti, fra quelle fin qui prospettate nei sistemi di diritto continentale, per l'equilibrato adattamento del principio dell'azione di classe a quelli propri degli ordinamenti europei.

3. Azione collettiva e interesse individuale

L'introduzione nell'ordinamento italiano di un sistema risarcitorio simile alla *class action* è strutturalmente molto problematico.

Va segnalata anzitutto la differenza con le tutele di tipo inibitorio introdotte negli ultimi anni, attribuendone la legittimazione attiva alle associazioni dei consumatori. L'inquadramento di queste ipotesi nel sistema non è complesso: si attribuisce alle associazioni la titolarità dell'interesse (strutturalmente) collettivo al rispetto delle normative a tutela del consumo; con l'ordine inibitorio del giudice, quell'interesse è soddisfatto.

Quando invece si richiede il risarcimento del danno, l'interesse dedotto in giudizio è strutturalmente individuale: il danno non è stato subito dall'associazione dei consumatori, ma da ciascun consumatore.

La differenza si può cogliere ove si consideri la giurisprudenza in materia di risarcimento del danno non patrimoniale da reato, che prevede che esso venga concesso, a ciascuna vittima, in aggiunta al risarcimento del danno eventualmente attribuito alle associazioni.

Per questo si pone, in materia risarcitoria, il già segnalato problema costituzionale dell'art. 24. Il sistema *opt out* sarebbe incostituzionale; e per questo il nuovo testo dell'art. 140-*bis* Codice consumo prevede un sistema *opt in*, per il quale nel corso del giudizio si può aderire all'azione, e in tal caso si produrranno per l'aderente gli effetti del giudicato; ma il convenuto non può essere garantito — quale che sia il contenuto della sentenza «di classe» — dal rischio di eventuali azioni individuali da parte dei consumatori che non abbiano partecipato al giudizio.

4. Class action e art. 140-bis: apparenti somiglianze e differenze sostanziali

Tra le varie soluzioni per importare in Europa la *class action*, il nuovo testo dell'art. 140-*bis* ha scelto (a differenza delle soluzioni tedesca e francese, che si sono ricordate) quella di «mimare» il più possibile la normativa USA.

Le differenze sistematiche tra i due ordinamenti hanno tuttavia condotto a soluzioni normative che dal prototipo originario si distaccano in modo molto rilevante.

Segnalerò quelle che mi appaiono più significative.

In primo luogo, la legittimazione ad agire spetta a «ciascun componente della classe», che può agire in proprio, ovvero mediante mandato concesso

a un'associazione o a un comitato cui partecipi, secondo le ordinarie regole della rappresentanza processuale. Non è quindi l'associazione o il comitato il titolare dell'azione, bensì il consumatore che asserisce di aver subito il danno e ne chiede il risarcimento. È questa la ragione per la quale nella prima decisione in sede di applicazione dell'art. 140-*bis* (l'ordinanza del Tribunale di Torino del 4 giugno 2010), l'azione promossa dal Codacons contro Intesa San Paolo è stata ritenuta inammissibile, proprio in quanto l'attore (che pure asseriva di agire contro condizioni illegittime praticate dalla banca nei suoi confronti *uti singulus*, oltre che come legale rappresentante dell'associazione) non aveva posto alla base dell'azione un interesse ad agire «concreto e attuale», dal momento che le condizioni contrattuali contestate non erano mai state applicate nei suoi confronti.

La seconda differenza, rispetto al sistema USA, emerge proprio lì dove parrebbe che il legislatore italiano abbia cercato di limitarsi a tradurre dall'inglese.

Come si ricordava in precedenza, la Rule 23(a) prevede alcuni requisiti di ammissibilità dell'azione. Il comma 6 dell'art. 140-*bis* indica, a sua volta, quattro ragioni di inammissibilità: la manifesta infondatezza della domanda; la presenza di un conflitto di interessi; l'insussistenza della «identità» dei diritti individuali di cui si chiede la tutela (per la verità, se il comma 2 parla di «diritti identici», il comma 1 indica in «diritti individuali omogenei» il presupposto della tutela attraverso l'azione di classe); la circostanza che il proponente «non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe». A prescindere da altri problemi interpretativi che queste norme suscitano, a me pare che il punto più delicato sia l'ultimo requisito richiesto.

La corrispondente regola USA (per la quale il rappresentante della classe deve «fairly and adequately protects the interests of the class») è applicata dal giudice per verificare (oltre all'assenza di conflitti di interesse) la qualità dello studio legale (o del gruppo di avvocati) che si costituisce in giudizio. La ragione di tale regola è nella circostanza che nel sistema USA la decisione vincola tutti i membri della classe, attraverso il sistema dell'*opt out*. Nell'ordinamento italiano, i requisiti richiesti dal comma 6 (tranne la manifesta infondatezza) sembrano impropri, o poco chiari, o suscettibili di abusi.

D'altra parte, il prerequisito probabilmente più rilevante nel sistema USA (quello della « *numerosity*»: i membri della classe devono essere così numerosi che riunirli tutti in un unico processo secondo le regole ordinarie sarebbe impraticabile) non è previsto dall'art. 140-*bis*. Eppure è proprio questo elemento che potrebbe giustificare l'opinabile (forse anche sul piano

della conformità all'art. 111 Cost.) previsione (comma 11) di un particolare «corso della procedura», che il giudice «determina» con ordinanza.

In terzo luogo, la sentenza cosiddetta collettiva non ha efficacia (né favorevole né sfavorevole) nei confronti dei consumatori e utenti che non hanno agito o non hanno aderito: «è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva» (comma 14). Il legislatore ha quindi adottato il sistema dell'*opt in*, probabilmente per evitare la questione di legittimità *ex art. 24 Cost.*; laddove la *class action* USA è caratterizzata dal principio dell'*opt out*. La sentenza di condanna, d'altra parte, si differenzia da quella ordinaria solo in quanto il comma 12 prevede che, ove la liquidazione del danno non sia possibile, essa — oltre alla condanna generica in ordine all'*an*» — stabilisce «il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione». Se ne può dedurre che la sentenza sarà definitiva rispetto al processo cosiddetto collettivo, e la liquidazione dovrà avvenire in autonomo giudizio individuale instaurato dal consumatore o utente.

Infine, la funzione deterrente della *class action* è largamente affidata alla possibilità di condannare il convenuto ai danni punitivi. Questo istituto, com'è noto, non è previsto dall'ordinamento italiano (anzi, la Cassazione lo ha ritenuto contrario all'ordine pubblico in un giudizio di delibazione di una sentenza statunitense). Né conseguenze di segno diverso possono trarsi dal richiamo (contenuto nel 12° comma dell'art. 140-*bis*) alla liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*, che sembra piuttosto rivolto a considerare la difficoltà di prova, in controversie complesse, del preciso ammontare del danno patrimoniale, secondo quella che è la logica propria dell'art. 1226. Piuttosto, se vi è stata altresì lesione di un interesse costituzionalmente protetto, si applicheranno i principi previsti in via generale, per il risarcimento del danno non patrimoniale, dalla recente giurisprudenza della Cassazione.

5. Considerazioni conclusive

Nel quadro delle soluzioni «europee» al tema posto dall'azione di classe, quella italiana si caratterizza per aver tentato la più diretta introduzione di un meccanismo ricalcato su quello USA. Ciò ha determinato, come ha giustamente segnalato Guido Alpa, «un *unicum* nel nostro universo processuale»; senza però che si vada oltre una «semplice assonanza» con le regole della *class action*, nel senso che, per le ragioni già viste, i principi che sono alla base delle due tecniche sono differenti.

La volontà di mimare il modello USA, ma senza poterlo fare, ha determinato alcuni problemi interpretativi, di diritto sostanziale e processuale (basti considerare quelli segnalati da Alpa), che non agevoleranno l'applicazione della normativa. Inoltre, al fine di evitare l'abuso del processo e forse anche per prevenire un eccesso di iniziative nei confronti delle imprese, l'art. 140-*bis* prevede un percorso complesso (abbiamo ricordato il «filtro» del comma 6, ma altri aspetti della disciplina potrebbero essere richiamati), che — nelle condizioni di inefficienza della giustizia italiana — rischiano di condurre a processi di lunga durata e difficile gestione.

Molte di queste bardature, che potrebbero avere un senso se il giudicato fosse stato esteso a tutti i membri della classe secondo la logica dell'*opt out*, appaiono autentiche *chicanes* per gli attori.

C'è tuttavia da augurarsi che nella pratica lo strumento possa funzionare, perché, pur senza enfatizzarne la portata (come fanno gli ideologi del *consumerism*) una procedura come quella prevista dall'art. 140-*bis* può effettivamente svolgere la funzione deterrente nei confronti della grande impresa, che rientra tra le funzioni proprie di una concezione moderna della responsabilità per danni, e può difficilmente concretizzarsi se la tutela risarcitoria resta affidata a una pluralità di azioni individuali per danni la cui dimensione è spesso circoscritta e tale da non incentivare l'azione in giudizio del singolo consumatore o utente.

Infine, dal punto di vista sistematico va segnalato che — a differenza di quanto può dirsi della tutela inibitoria di cui all'art. 140 cod. cons. — l'art. 140-*bis* non attribuisce situazioni giuridicamente rilevanti a soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi, perché tutela il diritto soggettivo individuale del singolo consumatore danneggiato. La normativa si propone di «mettere insieme» questi diritti (se identici o omogenei) ai soli fini dello svolgimento unitario del processo; e il ruolo di associazioni e comitati è solo eventuale, e in ogni caso solo di rappresentanza processuale.

La struttura della situazione protetta rimane così quella del diritto soggettivo individuale a contenuto patrimoniale, corrispondente alla pretesa risarcitoria fatta valere in giudizio.

Norme costituzionali e diritto privato.
*Attualità di un insegnamento**

SOMMARIO: 1. La «scoperta della Costituzione» nella civilistica italiana degli anni '60 – 2. L'argomento costituzionale negli scritti di Stefano Rodotà – 3. Codice civile e legislazione speciale – 4. Poteri del giudice e norme di legge – 5. Applicabilità diretta delle norme costituzionali? – 6. Normativa di principio e diritto civile: attualità del tema – 7. *Segue*: la dimensione europea della dialettica tra logica sociale e logica individuale.

1. *La «scoperta della Costituzione» nella civilistica italiana degli anni '60*

Negli anni Sessanta la cultura giuridica italiana è segnata da un cambiamento importante, che è stato definito «la scoperta della Costituzione» da parte degli studiosi delle discipline di diritto positivo diverse dal diritto costituzionale. La nuova stagione è aperta dalle prime sentenze della Corte costituzionale, a partire dal 1956¹, che superano in termini di principio la distinzione, alla quale fino allora i giuristi avevano prevalentemente fatto ricorso, tra norme costituzionali precettive e norme costituzionali programmatiche, come tali non aventi contenuto immediatamente normativo.

Al disgelo costituzionale di quegli anni ha dedicato una bella ricostruzione storica Alessandro Pizzorusso nella «Storia dell'Italia repubblicana» Einaudi².

Nel suo agile e interessante libro sulla cultura giuridica nell'Italia del '900³, Luigi Ferrajoli sottolinea la portata dirompente della scoperta della Costituzione ai fini del rinnovamento della cultura giuridica all'interno delle singole discipline positive. Il giudizio costituzionale di invalidità delle leggi fa venir meno la presunzione di legittimità dell'intero diritto positivo, e con

* Pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, pp. 235-246. Relazione presentata al Seminario di Studi in onore di Stefano Rodotà «Il diritto privato nella società moderna» - Roma, 6-7 giugno 2003, Facoltà di Giurisprudenza - Università «La Sapienza».

¹ Corte cost. 14 giugno 1956, n. 1, in *Giur. Cost.*, 1956, pp. 1 ss. Per il precedente, opposto, orientamento della Corte di Cassazione v. P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), in *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, Firenze, 1966, II, pp. 473 ss.

² A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, a cura di F. Barbagallo, II/2, Torino, 1995, pp. 115 ss.

³ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, pp. 63 ss.

essa la neutralizzazione politica del diritto operata dal positivismo giuridico.

I paradigmi pandettistici della dogmatica giuridica e dell'autonomia del diritto, già minati dalla evoluzione della cosiddetta legislazione speciale e sul piano scientifico dagli studi di analisi del linguaggio e di sociologia giuridica, vengono messi in discussione dall'impatto con la Costituzione all'interno delle categorie analitiche del diritto positivo. Il testo costituzionale appare al tempo stesso fondamento di validità del sistema e delle sue singole norme, e luogo normativo portatore di valori in permanente tensione e in potenziale antinomia con il diritto vigente.

A partire dalla crisi dei vecchi modelli, una generazione nuova di giuristi affronta negli anni '60 l'esigenza di un ripensamento dei metodi, delle categorie e dei problemi della scienza giuridica. Di questo ripensamento, molto spesso l'elemento centrale è costituito dall'affermazione della rilevanza della normativa costituzionale oltre il quadro tradizionale del diritto pubblico.

Luigi Ferrajoli⁴ segnala come il rinnovamento degli studi giuridici negli anni Sessanta è tanto più significativo, in quanto inizia dalla disciplina egemone nella cultura giuridica, la civilistica. Egli indica come particolarmente significative le opere di illustri maestri (alcuni dei quali sono qui con noi questa mattina), e, tra loro, quelle di Stefano Rodotà.

Dedicherò le pagine che seguono a qualche riflessione sull'attualità del tema del rapporto tra norme costituzionali e diritto privato, e sul metodo attraverso il quale a tale tema fare ricorso. Mi sarà consentito fare specifico riferimento – per molte ragioni, tra le quali quelle che riguardano la mia biografia intellettuale – tra gli importanti contributi della civilistica italiana di quel periodo, agli scritti di Rodotà degli anni Sessanta.

2. L'argomento costituzionale negli scritti di Stefano Rodotà

La rilettura degli studi di Rodotà nella stagione della «scoperta della Costituzione» mostra anzitutto come il ricorso alle norme costituzionali consenta al civilista di offrire sia strumenti interpretativi del diritto privato vigente, capaci di concretamente innovare rispetto al modo di intendere e di applicare le norme del diritto positivo, sia una nuova metodologia, per una scienza giuridica in grado di superare le secche del formalismo giuridico e della dogmatica del diritto privato, senza nulla perdere, e anzi arricchendone il significato e la portata, del rigore scientifico che deve guidare

⁴ FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 68 ss.

l'attività dello studioso del diritto.

Nelle ricerche sulla proprietà privata, sulla responsabilità civile, sul contratto⁵ si avverte un rinnovamento culturale che rifiuta la declamazione retorica, l'appiattimento in un riduzionismo storicistico o sociologico, il cedimento a una dimensione puramente ideologica; e al tempo stesso alla storicità del diritto, all'analisi sociale dei conflitti sottostanti la regolazione giuridica, ai valori nuovi rispetto a quelli tradizionalmente considerati dal diritto privato fa ricorso, come elementi di un ragionamento che è e vuole rimanere tutto interno alla dinamica della scienza e della esperienza giuridica.

Centrale è il ricorso alle norme e ai principi della Costituzione del '48. Il primo elemento da segnalare è il fatto stesso di usare l'argomento costituzionale come interno al ragionamento ricostruttivo degli istituti fondamentali del diritto civile. È difficile oggi comprendere la portata fortemente innovativa di questa scelta, rispetto a una cultura del diritto privato che aveva per lo più opposto un fine di non ricevere al testo costituzionale; e prima ancora aveva espunto gli stessi elementi innovativi pur presenti nella codificazione civile del 1942.

Una vicenda, quest'ultima, che in anni più recenti, a partire dal cinquantennale del Codice, è tornata a suscitare l'attenzione degli storici del diritto e anche dei civilisti⁶. Largamente prevalente, nella seconda metà degli anni '40 e per tutti gli anni '50, era stata in effetti una lettura del nuovo Codice secondo la logica e con gli strumenti della vecchia dottrina giuridica; non mancarono naturalmente voci diverse, tra i maestri della precedente generazione. Ricordo non senza commozione, nell'aula che mi vide Suo allievo, Rosario Nicolò, e le sue voci sul Codice civile e sul Diritto civile, pubblicate nella «Enciclopedia del diritto» all'inizio degli anni Sessanta⁷.

Innovativo e controcorrente fu dunque il fatto stesso del ricorso alle norme costituzionali nella ricostruzione del diritto positivo; ma ancor più rilevante furono i modi di questo ricorso, e i concreti risultati della indagine così impostata. Un metodo, e i conseguenti risultati interpretativi, che, a mio avviso, non solo hanno lasciato un segno profondo nel diritto effettivamente vigente nei decenni successivi e in particolare nella giuri-

⁵ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà* (1960), ora in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*², Bologna, 1990, pp. 175 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970.

⁶ V. oltre, testo e nota 9.

⁷ R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 240 ss.; ID., voce *Diritto civile*, *ivi*, X, 1964, pp. 904 ss.

sprudenza⁸, ma conservano oggi tutto il loro valore per il lavoro attuale e futuro dei civilisti, alla luce della dimensione sovranazionale e in particolare europea, che sempre più diviene elemento centrale della nostra, come di ogni disciplina giuridica.

Tornerò su questo aspetto; voglio prima dare sommariamente conto dell'affermazione secondo la quale è non solo e non tanto l'aver fatto ricorso all'argomento costituzionale, quanto la metodologia di tale ricorso, che ha consentito di indicare una via che permette allo studioso del diritto civile di non smarrire la portata innovativa della Costituzione sul piano della ricostruzione culturale come su quello della interpretazione e della applicazione della legge, e al tempo stesso di ottenere questo risultato all'interno della strumentazione tecnica e della evoluzione culturale propria della tradizione civilistica.

Provo ora a segnalare quella che a mio avviso appare la dinamica interna della metodologia attraverso la quale il ricorso alla normativa costituzionale consente gli esiti che segnalavo, e che sono invece precluse sia al punto di vista che quella rilevanza nega o riduce al minimo, sia a quello che lo afferma in termini declamatori o di mero principio.

È un metodo che si fonda su una dialettica tra quattro elementi: il Codice civile, le altre norme dell'ordinamento giuridico, i poteri del giudice, le norme costituzionali. E su una dialettica che è appunto tale, e rifiuta quindi di dare la prevalenza a uno di questi elementi, rispetto agli altri, perché si propone invece la riorganizzazione di ciascuno attraverso un discorso il cui esito sia alla fine unitario e coerente.

3. Codice civile e legislazione speciale

Anzitutto viene colta la portata innovativa, ancorché parziale e limitata, del Codice civile del 1942 rispetto alla precedente tradizione. L'abrogazione legislativa, subito dopo la caduta del regime, delle norme direttamente espressive dell'ideologia fascista e del regime corporativo non lasciò il campo – come pure si era in un primo tempo ritenuto – alla sostanziale riproduzione delle categorie e delle regole del vecchio Codice di ispirazione liberale; quell'abrogazione consentì anzi di valorizzare ciò che la codificazione del 1942 aveva saputo cogliere rispetto a tendenze profonde della evoluzione giuridica e prima ancora sociale ed economica della prima parte del Novecento. Tema, come accennavo, sul quale siamo tornati ad

⁸ V. oltre, testo e note 14, 15 e 16.

esercitarsi negli ultimi anni⁹, ma che consentì già allora risultati significativi: e così consentì a Stefano Rodotà di cogliere nella definizione della proprietà, nella nozione di danno ingiusto, nelle clausole generali introdotte nella nuova disciplina delle obbligazioni e dei contratti, rilevanti fattori di novità rispetto alla logica del vecchio sistema.

C'è insomma già in quello che era e rimane il testo fondamentale del diritto privato una prima indicazione di cambiamento, che il ricorso ai principi costituzionali consentirà di svolgere con carica innovativa maggiore, sia per quanto concerne la interpretazione e la applicazione delle stesse norme del Codice, sia in ordine ai contenuti nuovi, che la Costituzione consente e anzi impone di attribuire ad esse.

In secondo luogo, particolare rilievo viene dato alle fonti normative subcostituzionali diverse dal Codice civile, e in particolare alla cosiddetta legislazione speciale, rispetto alla tradizionale irrilevanza che veniva assegnata a tale dato nella ricostruzione degli istituti del diritto civile.

Così il rinvio all'ordinamento giuridico nella norma definitoria della proprietà, e i continui riferimenti nel libro III del Codice alle leggi speciali, appaiono esprimere nuove dimensioni funzionali, nella dialettica fra interessi privati e interessi pubblici, all'interno stesso della struttura del diritto soggettivo per eccellenza; e la normativa costituzionale, con il richiamo alla funzione sociale – che era stato respinto, com'è noto, nella definizione del Codice civile – consente da un lato di individuare il nuovo principio unificatore della complessa normativa che regola la proprietà, dall'altro di concretizzare sul piano dei contenuti, ricavabili dall'insieme della Carta fondamentale, il valore del qualificativo «sociale».

Così ancora per la individuazione della ingiustizia del danno viene suggerita la via dell'attenzione alle situazioni soggettive rilevanti nell'insieme dell'ordinamento giuridico; mentre ai fini del contenuto del contratto è possibile distinguere tra la funzione della normativa per clausole generali posta nel Codice civile, e quella (tecnicamente ma anche finalisticamente differente) che è possibile conseguire attraverso norme (come quelle attuative della programmazione economica, di cui negli anni Sessanta comincia a parlarsi)¹⁰, che operano secondo la dinamica non della integrazione ma della sostituzione di alcuni aspetti del contenuto contrattuale.

⁹ Cfr. N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, particolarmente pp. 701 ss.

¹⁰ Cfr. *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della Tavola rotonda (Macerata, 22-24 maggio 1970)*, I, Milano 1971, con le relazioni introduttive di G.B. FERRI, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, pp. 3 ss., e di S. RODOTÀ, *Tipologia della programmazione*, pp. 57 ss., e numerose relazioni e comunicazioni tuttora di interessante lettura.

4. *Poteri del giudice e norme di legge*

Si intende così come il terzo aspetto del quadrilatero che stiamo esaminando, quello concernente il rapporto tra potere del giudice e norme di legge, non appare tale da essere chiuso tra le secche dell'alternativa tra certezza del diritto e libera determinazione giudiziale. È la clausola generale infatti lo strumento che consente di intendere come i principi costituzionali operano non sovrapponendosi alle norme del Codice e in genere della legislazione ordinaria (giacché ove contrasto vi sia tra i primi e le seconde la via per risolverlo è nell'invalidazione di queste attraverso il giudizio di legittimità costituzionale); ma nell'ambito della sfera discrezionale che ogni applicazione di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede all'interprete. E la differenza tra clausola generale e norma specifica non è qualitativa, ma risiede nell'ampiezza del margine di discrezionalità rimesso all'interprete.

Appare allora che proprio l'ancoraggio al dato costituzionale consente di circoscrivere la discrezionalità applicativa, giacché non ad una generica coscienza sociale l'interprete dovrà far ricorso, bensì al quadro di valori e di principi che la Costituzione indica.

Trasposto dal piano dell'indicazione di principio alla concreta analisi degli istituti, questo metodo consente di cogliere, nel campo della responsabilità civile, il raccordo tra principio di solidarietà, criteri per la qualificazione di ingiustizia del danno e sistema dell'imputazione; e analogamente, nella materia contrattuale, il raccordo tra buona fede, correttezza e gli altri profili di valutazione previsti dal sistema, in una analisi dei punti di contatto e di diversità che il richiamo ai principi costituzionali consente con maggior chiarezza di enucleare in modo concreto e ravvicinato, senza risolverli in generiche declamazioni.

Il richiamo ai principi costituzionali non si risolverà quindi in una generica esaltazione dei poteri del giudice; giacché il sistema richiede soluzioni differenziate nei diversi campi, e sempre comunque interne alla logica del principio di legalità: di una legalità che parte, anzitutto, dal dato normativo costituito dalla Costituzione.

In materia di proprietà privata¹¹, ad esempio, esaminando il problema della rilevanza diretta del principio costituzionale della funzione sociale, indipendentemente da specifiche norme di legge che risultino attuative o meno di quel principio, si può escludere che esso possa operare direttamente, nel senso di costituire parametro autonomo ed esclusivo che consenta

¹¹ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 261 ss.

di far valere l'illegittimità dell'atto di esercizio del diritto per contrasto con quel principio. La funzione sociale postula infatti una normativa di attuazione che conformi il contenuto del diritto, a seconda del bene che ne costituisce l'oggetto.

Ciò non vuol dire che non sussista un profilo di rilevanza diretta nella norma costituzionale. Esso si esprime in primo luogo nell'attività interpretativa, nel senso di richiedere una interpretazione delle singole norme di legge, che concretamente conformano il contenuto del diritto, coerente al principio costituzionale. In secondo luogo, la statuizione costituzionale della funzione sociale consentirà l'applicazione analogica delle norme che limitano la proprietà, in quanto risultino attuative di quel principio, facendone venir meno il carattere eccezionale che altrimenti precluderebbe quell'esito.

5. Applicabilità diretta delle norme costituzionali?

Dalle considerazioni fin qui svolte emerge quindi che il quarto lato del quadrilatero che stiamo considerando, e cioè il profilo dell'applicabilità diretta delle norme costituzionali ai rapporti interprivati, va affrontato superando la rigida alternativa tra una incondizionata risposta positiva e il diniego pregiudiziale. La prima soluzione dislocerebbe la rilevanza dei principi costituzionali su un terreno complessivamente alternativo rispetto al sistema dato del diritto positivo, affidando al giudice un ruolo improbabile e comunque estraneo a quel sistema, che non prevede la disapplicazione per incostituzionalità delle norme di legge. Ma anche l'opposta impostazione riduttiva appare insoddisfacente: essa riprodurrebbe la tesi della non precettività delle cosiddette norme programmatiche della Costituzione; ovvero, in versioni più recenti e affinate, tende a collocare le norme costituzionali come espressione della conferma, sia pure con formulazioni nuove, di dati immanenti e non modificabili del sistema.

Così, in materia di proprietà¹², per le tesi che nella funzione sociale vedono appunto la conferma della dialettica tra poteri del proprietario e limiti legali presente già nel Codice Napoleone, e anzi prima ancora nelle varie formazioni del diritto premoderno.

Al rischio del riduzionismo astorico si sfugge, tra l'altro, con l'appro-

¹² Sul punto mi sono soffermato in C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, pp. 55 ss.

fondimento sistematico e contenutistico del significato del qualificativo «sociale», al quale la Costituzione ricorre per caratterizzare sia la funzione della proprietà privata sia il limite all'esercizio dell'iniziativa economica privata di cui al secondo comma dell'articolo 41. Letta alla luce dell'intero sistema costituzionale, e in particolare del dovere di solidarietà di cui all'articolo 2, la socialità di cui parla la Costituzione non esprime infatti un generico richiamo alla coscienza sociale – secondo un'opinione largamente diffusa nell'analisi delle clausole generali – né un indifferenziato quanto indistinto interesse pubblico, ma la logica di equità sociale e di redistribuzione dei poteri che caratterizza i principi fondamentali e diversi aspetti della prima parte della nostra Carta fondamentale.

Ciò non vuol dire, come prima ricordavo, prospettare una retorica «socializzazione» degli istituti di diritto privato. Ancora una volta, si impone l'esigenza di distinguere e specificare: così, ai fini dell'integrazione del contenuto del contratto, il principio generale – e torno qui a citare Stefano Rodotà¹³ – non può non essere «quello che fa capo all'intenzione delle parti, richiamandosi criteri diversi solo là dove non soccorre un regolamento contrattuale adeguato, al fine che le parti private si proponessero»; mentre l'eventuale prevalere di interessi pubblici legati al cosiddetto ordine pubblico economico, ovvero di interessi privati del cosiddetto contraente debole, avviene non tramite l'applicazione diretta da parte del giudice delle norme costituzionali, bensì per la via della specifica norma imperativa, secondo i percorsi del resto puntualmente indicati nel Codice civile da norme diverse, rispetto a quelle che prevedono clausole generali.

La portata innovativa delle norme costituzionali nel sistema del diritto privato opera così all'interno del sistema medesimo, attraverso la strumentazione che l'evoluzione del dato positivo e della stessa cultura giuridica metteva già 40 anni fa a disposizione di chi fosse pronto a rileggerlo con spirito aperto. Quelle norme concorrono da un lato a una interpretazione fortemente innovativa del dato legislativo, dall'altro (e non è certo minore la portata di questo secondo aspetto) a inquadrare in termini culturalmente nuovi gli istituti fondamentali del diritto civile: la dislocazione della responsabilità civile dalla teoria dell'illecito e da una dimensione quasi esclusivamente patrimoniale alla logica della riparazione dei danni e all'attenzione ai profili attinenti alla persona; l'individuazione della funzione sociale come elemento strutturale di una moderna teoria del diritto di proprietà; una concezione del contratto che sappia preservarne la logica di atto di autonomia, senza tuttavia espungere dall'ambito della rilevanza giuridica

¹³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 214 ss., 231.

la dimensione sociale (in ipotesi) sottostante al rapporto, e l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali che possano esserne coinvolti.

6. *Normativa di principio e diritto civile: attualità del tema*

È evidentemente fuor di luogo, in questa sede, un'analisi che vada oltre i rilievi fin qui formulati. Quel che mi interessa segnalare, piuttosto, è che dal rinnovamento avviato dalla civilistica italiana negli anni della «scoperta della Costituzione», e dall'affermazione – che di quel rinnovamento costituì pilastro essenziale – della rilevanza della normativa costituzionale nei rapporti di diritto privato, non pare oggi possibile prescindere, tanto nel dibattito scientifico quanto nel confronto di tecniche argomentative davanti ai giudici. Naturalmente non tutti i nodi sono stati sciolti: basti un accenno alla perdurante dialettica giurisprudenziale su temi quali quelli della garanzia costituzionale della proprietà privata¹⁴, nonché del rapporto tra clausole generali, autonomia privata e *drittwirkung* delle norme costituzionali¹⁵. E la stessa questione dei limiti del danno risarcibile alla luce degli articoli 2043 e 2059 – che è quella dove più dirompente è stato l'effetto del ricorso all'argomento costituzionale – richiede ancora una stabile definizione¹⁶. Ma intorno alle questioni che allora furono poste, appunto, si discute dagli studiosi e si decide dai giudici, costituzionali e ordinari.

Non è però solo questa vivente operatività del rapporto tra norme costituzionali e diritto privato nella giurisprudenza di oggi a segnalare la perdurante vitalità del nostro tema. A me pare che esso ci parli dell'oggi, ma anche del futuro che si viene preparando.

Non l'insistito richiamo alla logica economica e alle regole di mercato come fondative nell'interpretazione e applicazione del diritto priva-

¹⁴ Recente ampia rassegna in F. CINTOLI e M.R. SANGIORGIO, *Proprietà e costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano, 2002.

¹⁵ Cfr. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, pp. 145 ss.

¹⁶ Si v. ad es., da ultima, la controversa questione della configurabilità e della risarcibilità del c.d. danno esistenziale: P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale*, Padova, 2001; G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003. Ovvero l'ultima giurisprudenza della Cassazione, là dove dichiara «inoperante» il limite *ex art.* 2059 cod. civ. «se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti» (Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 817 ss.).

to; e neppure la suggestione di un'asserita obsolescenza dei principi e dei valori costituzionali di fronte all'ipotizzato prevalere di logiche e dinamiche diverse; né tanto meno la crescente dimensione sovranazionale del diritto, potrebbero indurre ad una diversa conclusione. Al contrario, proprio le grandi questioni che oggi il civilista è chiamato ad affrontare sono, nei contenuti e nel metodo per affrontarle, molto meno diverse di quanto possa apparire a prima vista, rispetto a quelle alle quali ho fin qui fatto riferimento. Non per ripetere in modo pedissequo tecniche argomentative e ragionamenti, ma per intendere la perdurante centralità delle questioni giuridiche che si sono richiamate.

7. Segue: la dimensione europea della dialettica tra logica sociale e logica individuale.

Il dibattito e le tesi che ipotizzano la unificazione del diritto privato europeo, e anzi, secondo alcuni, un vero e proprio Codice civile dell'Europa unita¹⁷, ripropongono nodi analoghi a quelli che ho prima sommariamente ricordato; tanto più se letti in parallelo ai lavori preparatori della nuova Costituzione europea. E ciò non solo perché ciò che caratterizza l'identità stessa della società europea contemporanea è la tensione fra logica individualistica di mercato e logica sociale (assunta nella formula dell'economia sociale di mercato, espressamente enunciata nei testi dell'Unione ai quali farò tra breve riferimento). Un rilievo, questo, che impone al giurista la ricerca degli strumenti articolati e multiformi che a quella tensione diano concrete soluzioni tecniche, a seconda delle diverse tipologie di conflitto sociale. Ma anche perché – ed è quel che più conta – la normativa, che l'Europa si viene dando, contiene enunciazioni di principi e di diritti destinati a un inevitabile impatto con il diritto civile europeo, e in buona parte omologhi a quelli contenuti nel nostro testo costituzionale.

Basti qui ricordare che il «Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa», elaborato dalla c.d. Convenzione europea, richiama nel suo Preambolo i «valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, della eguaglianza e della solidarietà»; riafferma inoltre i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalla

¹⁷ Il dibattito, le diverse tesi, i lavori preparatori sono ben documentati, tra gli altri luoghi, nei fascicoli della rivista *Europa e diritto privato*.

Carta sociale europea; ed afferma che «il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri».

Non è certo qui possibile esaminare il rapporto tra queste enunciazioni, l'articolazione normativa che ne dà la «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione», proclamata in occasione del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000 (destinata secondo il ricordato Progetto a essere parte integrante della nuova Costituzione europea), e il nostro testo costituzionale; né tanto meno analizzarne i molteplici e non semplici profili di possibile rilevanza nei rapporti interprivati. Mi limito a ricordare come due dei sette titoli in cui si articola la cosiddetta Carta di Nizza (ora parte II del Progetto di Costituzione) sono dedicati alla attuazione rispettivamente del principio di solidarietà e di quello della dignità umana; e a segnalare l'importanza del titolo VII, contenente le disposizioni generali sulla interpretazione e sulla applicazione della Carta. Esso contiene una normativa molto vicina a quella che nella esperienza italiana, e ancora più in quella tedesca¹⁸, ha concorso a dare fondamento all'affermazione della rilevanza dei diritti fondamentali di libertà e dei diritti sociali nei rapporti fra privati.

Mi riferisco alla garanzia del contenuto essenziale dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta; alla esigenza di interpretare tali diritti in armonia con le tradizioni costituzionali degli Stati membri; alla possibilità di invocare dinanzi a un giudice, ancorché «solo ai fini della interpretazione e del controllo della legalità» degli atti riferibili al diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta che contengono dei principi (norme queste tutte contenute nell'articolo 52).

Mi riferisco inoltre alla clausola dell'articolo 53, per la quale nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, oltre che dal diritto internazionale ed europeo, dalle Costituzioni degli Stati membri: nonché alla successiva, ancorché di non semplice decrittazione, norma dell'articolo 54, intitolata al divieto dell'abuso di diritto, secondo la quale nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri a distruggere o a limitare ulteriormente diritti e libertà previsti dalla Carta medesima.

Occorrerà dare concretezza a queste enunciazioni, raccordarle con i testi dei diritti interni degli Stati (a partire da quello della nostra Costituzione), come espressamente richiesto da alcune delle disposizioni ricordate; e, per quanto in particolare concerne il tema qui affrontato, definire il rapporto

¹⁸ Cfr. C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin-New York, 1999, pp. 11 ss.

fra il diritto privato della contemporanea società europea e i principi sociali che, in vario modo, il progettato nuovo testo costituzionale dell'Europa ripropone all'attenzione del civilista, per riflettere sull'incidenza dei medesimi sui rapporti fra i privati, e sull'inquadramento anche sistematico di un moderno diritto civile europeo.

Un tema affascinante, al quale molti studiosi in Italia e fuori d'Italia stanno dedicando la loro attenzione¹⁹, e che trova un terreno ampiamente arato da quella opera di rinnovamento delle categorie e delle regole che la civilistica italiana ha avviato, a partire dagli anni Sessanta, e della quale la riflessione di Stefano Rodotà e di altri maestri sul rapporto tra norme costituzionali e diritto privato costituì, allora, un decisivo momento di svolta, e costituisce ancora oggi un patrimonio metodologico e contenutistico dal quale partire per costruire il futuro.

¹⁹ V. da ultima la rassegna di M.W. HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 1 ss.

*La tutela civile dell'ambiente:
diritto individuale o interesse collettivo?**

1. La configurazione del «diritto all'ambiente salubre» come diritto della personalità consente alle sezioni unite della Cassazione (6 ottobre 1979, n. 5172) di delineare una prospettiva di tutela civile dell'ambiente¹

* Pubblicato in *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 1, cc. 868 ss., in nota a Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

¹ Nel recente dibattito sono emersi orientamenti diversi nell'individuazione delle categorie e degli strumenti ritenuti più idonei alla «tutela civile dell'ambiente». Rimanendo all'interno della cultura giuridica italiana (per un'analisi più ampia sia consentito rinviare a C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano 1979, pp. 347 ss., 375 ss.; per altri riferimenti v. *infra*, n. 10), si può ricordare che il ricorso alla disciplina delle immissioni *ex art. 844* codice civile ha incontrato la difficoltà connessa (oltre che con le finalità produttivistiche della norma) con la natura, proprio di tale disposizione, di strumento di disciplina della proprietà, e in genere dei diritti di godimento fondiario. Per superare tale difficoltà, si è proposta l'interpretazione dell'art. 844 come «clausola generale di illecito civile» nei confronti di fatti di inquinamento, con l'attribuzione quindi della tutela indipendentemente dalla titolarità di un diritto di godimento (G. VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 690); oppure, senza negare la legittimazione attiva ristretta al proprietario, si è ritenuto che questa possa configurarsi come «requisito impulsivo meramente formale» o «strumentale», quale tramite per il perseguimento di interessi diversi (U. BRECCIA, *Proprietà, impresa e conflitto d'interessi costituzionalmente protetti*, in *Foro pad.*, 1974, II, p. 73; A. D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile e il diritto alla salute*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 439). Al di fuori del riferimento all'art. 844, si è proposto il ricorso alla tecnica dell'abuso del diritto, analogamente a quanto previsto dall'art. 833 codice civile (A. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 343 ss.); oppure un riesame dei presupposti per l'applicazione della disciplina della responsabilità civile (M. COMPORZI, *Responsabilità civile per danni da inquinamenti*, *ivi*, pp. 349 ss.). In una prospettiva differente si pongono poi le interpretazioni fondate sul carattere collettivo dell'interesse all'ambiente, e quindi volte a enucleare una tecnica non individualistica di tutela (G. RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, a cura di A. Gambaro, Milano, 1976, pp. 44 ss.; C. SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., 445 ss.). La soluzione adottata dalla sentenza si colloca invece in un orientamento diretto a inserire la tutela civile dell'ambiente nella tematica della protezione della personalità. Tale orientamento, emerso nella esperienza giuridica tedesca (H. FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1968 [ma

innovativa e più ampia rispetto a quella emergente da altri recenti interventi giurisprudenziali. Al tempo stesso, la soluzione adottata lascia aperti – ma sarebbe stato certo eccessivo pretendere il contrario – numerosi problemi concettuali, di disciplina e di politica del diritto.

La Suprema Corte aveva già affermato l'esperibilità di una tutela civile autonoma e diretta della salute come diritto assoluto *ex art. 32, 1° comma, Cost.*; ed aveva affrontato il tema della protezione giurisdizionale, per il singolo, del «bene costituito dell'ambiente»; i due profili erano però assunti separatamente, sí che gli esiti innovativi ne risultavano ridotti.

Le precedenti pronunce giurisprudenziali², infatti, configuravano il diritto alla salute in un'accezione ristretta che identifica il bene tutelato con la incolumità e la integrità fisica dell'individuo. Le affermazioni dell'assoluta intangibilità di tale bene, e dell'autonomia della tutela rispetto a quella prevista per la proprietà dall'art. 844 codice civile, rimanevano in tal modo in larga misura all'interno di un sistema giusprivatistico che non ha mai posto in discussione l'indisponibilità e l'intangibilità della salute, intesa in questa accezione.

Il rilievo civilistico dell'ambiente era stato invece ricondotto alle ipotesi di sussistenza della «disponibilità esclusiva di un bene, la cui conservazione... sia inscindibile dalla conservazione delle condizioni ambientali»; e dunque, in definitiva alle «ipotesi di proprietà (o di titolarità di altri diritti che assicurino l'utilizzazione) di beni immobili»³. Solo per tale via, dun-

con riferimento al diritto alla salute, più che all'ambiente]; G.H. ROTH, *Materiellrechtliche und processuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes*, in *Neue Jur. Woch.*, 1972, pp. 921 ss.; E. LANG, *Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutz in rechtsvergleichender Sicht*, in *Arch. Civ. Praxis*, 1974, p. 388), dopo significative indicazioni di S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, p. 98, e di P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quad. fiorentini*, 5/6, 1976/77, II, pp. 869 ss.; ID., *Premesse civilistiche*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori. Atti del convegno*, Milano, 1978, pp. 73 ss., è stato svolto da A. CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, *ivi*, pp. 41 ss.; ID., *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 180 ss.; e da S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Roma, 1979, pp. 29 ss.

² Cass., Sez. un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro amm.*, 1974, I, p. 28; Cass., Sez. un. 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, c. 844; Cass., Sez. un., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro it.*, 1976, I, c. 385; Cass., 19 maggio 1976, n. 1796, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 412; Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 721. E v. già, in relazione all'art. 844, Cass., 14 dicembre 1968, n. 3971, in *Mass. Giur. it.*, 1968; Trib. Milano, 15 gennaio 1968, in *Mon. Trib.*, 1968, 188; App. Milano, 17 dicembre 1971, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1779.

³ Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, cit.

que, l'alterazione delle condizioni ambientali, determinando «l'immediata menomazione del patrimonio del singolo», avrebbe consentito il ricorso alla tutela civile. In tal modo, il «diritto all'ambiente» veniva riportato allo schema della proprietà, e, in definitiva, subordinato ai criteri di comparazione degli interessi definiti dall'art. 844.

D'altra parte, la Corte costituzionale⁴ aveva esplicitamente limitato la portata di quest'ultima norma alla tutela della proprietà come diritto patrimoniale. La legittimità costituzionale della disposizione, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza dominante, veniva argomentata proprio con il rilievo che i criteri da essa posti non riguarderebbero, ma nemmeno pregiudicherebbero, la protezione di interessi diversi – come, appunto, la salute e l'ambiente –, sia del proprietario sia di «altre persone o intere collettività»⁵.

Infine, la decisione delle Sezioni unite sul caso «Provincia di Trento e Italia Nostra»⁶, escludendo la possibilità di configurare posizioni soggettive tutelate in ordine a beni non immediatamente riferibili a singoli individui, sembrava restringere nettamente la possibilità di ammettere la protezione giurisdizionale di un interesse tipicamente collettivo come quello all'ambiente.

2. L'elemento innovativo di maggior rilievo introdotto dalla sentenza in esame rispetto alla situazione giurisprudenziale che si è rapidamente ricordata consiste nello stretto collegamento instaurato tra salute e ambiente. Riprendendo con lucidità e chiarezza considerazioni già svolte dalla dottrina⁷, la Cassazione afferma che un'interpretazione sistematica dell'art. 32,

⁴ Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 585, con nota di C. SALVI, *Legittimità e «razionalità» dell'art. 844 codice civile*. La questione era stata sollevata da Pret. Bologna, ord. 18 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 797, con nota di C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, con riferimento agli artt. 2, 3, 9, 2° comma, 32, 1° comma, 41, 2° e 3° comma, 42, 2° e 3° comma, Cost.. A commento di tale ordinanza v. anche GOTTI PORCINARI, *In tema di legittimità costituzionale del divieto di immissioni nocive previsto dall'art. 844 c.c.*, in *Giur. agr. it.*, 1973, II, 310 ss.; M. LONGO, *Assurdi dubbi sulla costituzionalità dell'art. 844 cod. civ.*, in *Riv. dir. agr.*, 1974, I, 608 ss..

⁵ Per la prospettiva di una diversa interpretazione dell'art. 844 sia consentito il rinvio a SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 387 ss.

⁶ Cass., Sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 1979, I, c. 167.

⁷ COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da inquinamenti*, cit., p. 355; SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, cit., pp. 450 ss.; CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, loc. ult. cit.

1° comma Cost. impone di ampliare il contenuto della situazione tutelata come «diritto fondamentale dell'individuo» ex art. 2 Cost., comprendendovi non solo il bene costituito dall'integrità fisica dell'individuo, ma anche la preservazione, nei luoghi dove si svolge la vita associata dell'individuo, «delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute». In altri termini, «il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita o all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre».

La situazione soggettiva che ne deriva, spettando a ogni singolo individuo sul solo presupposto della appartenenza a una formazione sociale («comunità abitativa o di lavoro») rispetto alla quale si prospetta l'aggressione ambientale, integra un ampliamento della sfera della personalità tutelata come diritto assoluto, o – se si preferisce – una nuova figura di diritto della personalità⁸.

L'impostazione assunta permette di conseguire tre risultati di grande portata. In primo luogo, la tutela civile dell'ambiente è dotata di un sicuro fondamento normativo: non è dubbio, infatti, che l'art. 32, 1° comma attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo⁹, come tale provvisto di «strumentazione giuridica e di azionabilità giurisdizionale» (per usare le parole della sentenza), se non altro per il principio di cui all'art. 24, 1° comma, Cost. Difficilmente invece potrebbe giungersi alla stessa conclusione sulla base esclusivamente dell'art. 9, 2° comma, Cost.¹⁰.

⁸ A seconda della soluzione adottata in ordine alla configurazione dei diritti della personalità (sul dibattito v. ora PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, pp. 31 ss.).

⁹ Cfr. giurisprudenza cit. *supra*, n. 2; e M. BESSONE, E. ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute»*. Una giurisprudenza innovativa in tema della valutazione del danno alla persona, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, cc. 54 ss.; G. ALPA, *Diritto «alla salute» e tutela del consumatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 1511 ss.; CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, cit.; U. BRECCIA, *Tutela della salute e disciplina dell'edilizia*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., pp. 310 ss.; F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, *ivi*, pp. 517 ss.; C. RAPISARDA, *Spunti in tema di tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pp. 590 ss.

¹⁰ Della ormai vasta bibliografia sulla tutela civile dell'ambiente ricordiamo una volta per tutte, oltre agli scritti citati nelle note precedenti, S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quad. Fiorentini*, 5/6, 1976/77, II, pp. 898 ss.; ID., *Introduzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori. Atti del convegno*, cit., pp. 19 ss.; N. LIPARI, *Sintesi*, *ivi*, pp. 129 ss.; V. DENTI, *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, *ivi*, pp. 53 ss.; V. ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, in *Ecologia e disciplina del territorio. Atti del Convegno di Pontremoli (29-31 maggio 1975)*, Milano, 1976, pp. 39 ss.; M. PARADISO, *Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc.*

Inoltre, la tutela è del tutto svincolata dalla sussistenza in capo all'attore di una situazione di proprietà (o comunque di un diritto di godimento fondiario), secondo quello che è il limite intrinseco dell'art. 844¹¹. Si può aggiungere – anche se la Cassazione lascia esplicitamente aperto il problema – che la adozione di una tecnica di tutela di tipo inibitorio consente altresì di prescindere dall'esistenza di un danno risarcibile *ex artt.* 2043 e 2059 codice civile¹².

Infine, la prospettiva della sentenza consente di estendere ai beni ambientali il carattere – generalmente attribuito alla salute in senso stretto – di interesse protetto dalla Costituzione in via prioritaria rispetto a ogni altro interesse, pubblico o privato. Il «diritto all'ambiente salubre» sarebbe dunque protetto non solo «assolutamente» – «contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga» – ma anche «incondizionatamente»: a differenza di quanto avviene per i diritti reali immobiliari tutelati, nei confronti di

civ., 1977, pp. 1445 ss.; A. POSTIGLIONE, *Localizzazione di centrali nucleari e tutela della salute e dell'ambiente*, in *Giust. civ.*, 1979, I, pp. 768 ss.; e già G. MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, in *Foro amm.*, 1971, III, pp. 389 ss.; M. CINELLI, *Immissioni, inquinamento e responsabilità civile*, in *Giur. mer.*, 1973, I, pp. 178 ss.; N. LIPARI ED ALTRI, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., pp. 32 ss. Per gli ordinamenti stranieri adde S. SIMITIS, *Haftungsprobleme beim Umweltschutz*, in *Vers. Recht*, 1972, pp. 1091 ss.; H. WESTERMANN, *Die Funktion des Nachbarrechts*, in *Festschrift Larenz*, München, 1973, pp. 1009 ss.; R. WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz*, in *Festschrift Raiser*, Tübingen, 1974, pp. 218 ss.; M. BULLINGER, *Haftungsprobleme des Umweltschutzes aus der Sicht des Verwaltungsrechts*, in *Vers. Recht*, 1972, pp. 599 ss.; F. BAUR, *Die privatrechtlichen Auswirkungen des BImSchG*, in *Jur. Zeit.*, 1974, pp. 657 ss.; I. MITTENZWEI, *Umweltverträglichkeit statt Orstüblichkeit als Tatbestandsvoraussetzung des privatrechtlichen Immissionsschutzes*, in *Monats. D. Recht*, 1977, 2, pp. 101 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Zivilrechtliche Probleme des Umweltschutzes*, in *Festschrift R. Schmidt*, Karlsruhe, 1976, pp. 1 ss.; M. DESPAX, *De la pollution des eaux et ses problèmes juridiques*, Paris, 1968; P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Paris, 1974; CABALLERO, *Note a Cass. Civ.*, 3 novembre 1977, in *Dalloz*, 1978, *Jur.*, pp. 435 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, A. GAMBARO, *Aspetti privatistici della tutela dell'ambiente: l'esperienza americana e francese*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., pp. 295 ss.; L. ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*, *ivi*, pp. 389 ss.; F.E. MALONEJ, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in *Vand. L. Rev.*, 1972, pp. 145 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, *Tutela dell'ambiente, ruolo della giurisprudenza e direttive di «common law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 227 ss.; M. BESSONE, *Politica dell'ambiente, «Judicial Role» e interessi diffusi*, in *Pol. Dir.*, 1979, pp. 185 ss.

¹¹ Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 206 ss.

¹² Cfr. A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 519 ss.; SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 219 ss.

alterazioni delle condizioni ambientali, solo nei limiti posti dai due commi dell'art. 844.

Tra i tanti spunti di riflessione che un'impostazione così suggestiva propone, se ne vogliono scegliere qui i due che sembrano di maggiore rilevanza: il rapporto tra la struttura individualistica della tecnica di tutela delineata e il carattere collettivo del bene tutelato; e l'affermazione dell'incondizionata illiceità di «ogni forma di compressione» di esso. Si svolgeranno quindi alcune considerazioni concernenti la possibilità di delineare una prospettiva in parte diversa per la tutela civile dell'ambiente.

3. La tematica della tutela civile dell'ambiente era stata discussa finora prevalentemente all'interno del dibattito sulle azioni a difesa di interessi collettivi¹³. La soluzione adottata dalla Cassazione la ripropone invece, lungo le linee degli orientamenti emersi in particolare nell'esperienza giuridica della Rft¹⁴, nella forma del diritto assoluto individuale.

Va intanto rilevato come, esteso l'oggetto della tutela alla preservazione di un ambiente salubre, e non solo della salute in senso stretto, la struttura della situazione soggettiva rimanga di difficile sistemazione, rispetto agli schemi consueti del diritto assoluto. Nei confronti dei tradizionali diritti della personalità il dato differente consiste in ciò, che il bene tutelato non inerisce alla persona stessa del titolare, ma a un'entità materiale esterna, consistendo nel modo di essere di una determinata realtà ambientale. D'altra parte, la relazione tra il titolare e il bene non integra una appropriazione in forma esclusiva, come nei diritti di godimento, ma si sostanzia nel

¹³ Alle opere citate in precedenza adde L. ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, in *Foro it.*, 1975, V, cc. 71 ss.; A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1973, pp. 64 ss.; M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 362 ss.; F. CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 121 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, pp. 477 ss.; NOCCELLI, *Rapporti di vicinato, inquinamento industriale e diritto di difesa dei comitati di quartiere*, in *Foro it.*, 1977, IV, cc. 48 s.; A. POSTIGLIONE, *L'iniziativa dei cittadini per la difesa degli interessi collettivi*, in *Giust. civ.*, 1978, I, pp. 1216 ss.; G. VIGNOCCHI, *La tutela degli interessi diffusi nei settori dell'economia e della tutela dei consumatori*, in *Jus*, 1978, pp. 32 ss.; V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, pp. 21 ss.; restano essenziali gli atti dei convegni di Pavia (giugno 1974), Salerno (maggio 1975) e Milano (dicembre 1976), pubblicati nei citati volumi *Le azioni a tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, e *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*.

¹⁴ *Supra*, n. 1.

potere di controllarne le modalità della utilizzazione, operata da un altro soggetto (pubblico o privato)¹⁵.

Il problema dommatico – di per sé non irrisolvibile – involge invero profili ermeneutici, perché induce a porre un quesito diverso: se cioè lo schema tradizionale del diritto assoluto individuale sia il più idoneo ad assicurare, al «bene della vita» costituito dall'ambiente, una protezione giurisdizionale del tutto congrua ai principi costituzionali che la fondano.

La sentenza si fa carico del problema, ma per una ragione diversa: al fine cioè di escludere che il «diritto all'ambiente salubre» possa essere ridotto a mero interesse *diffuso*, cioè riferibile allo stesso modo e indifferentemente a un numero indefinito di soggetti, e come tale insuscettibile di tutela giurisdizionale autonoma e differenziata. Le convincenti argomentazioni addotte contro la possibile obiezione dimostrano però forse troppo: la riferibilità dello stesso bene a più soggetti, per l'ambiente, non pare infatti omologa a quella tipica di altri interessi della persona (come le libertà individuali, la riservatezza, il nome, la salute come integrità fisica, ecc.), in quanto si fonda sui caratteri stessi del bene (il modo di essere di un determinato ambito territoriale), che è intrinsecamente *collettivo*, cioè riconducibile, non ad una «serie», ma ad un «gruppo» di individui, oggettivamente unificato, nella realtà sociale, dalla fruizione comune, appunto, dal medesimo bene.

Ci si può allora domandare se il richiamo all'art. 2 Cost. consenta solo di ampliare l'ambito delle tutele civili dell'individuo, o non anche di configurarne direttamente l'attribuzione alla «formazione sociale», cioè a un soggetto collettivo in quanto tale, conformemente al carattere collettivo del bene tutelato.

Non è forse inutile qualche ulteriore rilievo in proposito¹⁶. Il carattere collettivo dell'interesse all'ambiente è qui sottolineato con riferimento non alla natura di esso, ma alle condizioni e alle modalità in cui si realizza. La riferibilità dell'interesse a soggetti determinati non può dunque essere negata, non solo per quanto è detto nella sentenza, ma per la ragione sistematica che ciascun soggetto ha la possibilità di attuarne la soddisfazione attraverso un rapporto diretto con il bene. È però altrettanto indiscutibile che alla pluralità dei soggetti interessati non fa riscontro una pluralità di oggetti

¹⁵ *Amplius* in SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, cit., pp. 462 ss.

¹⁶ Sia consentito ancora un rinvio, per più ampie considerazioni, a SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, cit., pp. 478 ss.; cfr. inoltre la sistemazione dommatica proposta da D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 819 ss.

giuridici, ma un oggetto unitario: in quanto il «valore giuridico» di esso assume, in relazione ai diversi soggetti, un rilievo unitario.

Sia sotto il profilo dommatico – alla luce di una revisione della teoria dei beni giuridici –, sia sotto quello normativo, sulla base degli elementi desumibili dalla Costituzione e dalla legislazione di settore¹⁷, la prospettiva di una tutela civile dell'interesse collettivo all'ambiente appare invero non contraddittoria.

4. L'alternativa tra tutela (civile) individuale o collettiva dell'ambiente si pone quindi all'interno del «sistema», e la (eventuale) scelta tra le due vie pare dunque da affidare a considerazioni di ordine «topico» piuttosto che logico-sistematico¹⁸.

Tra i rilievi possibili da questo punto di vista, d'altra parte, alcuni sono comuni ad entrambe le tecniche, e saranno svolti in seguito (*infra*, §§ 5 e 6); altri, però, inducono a sottolineare la preferenza per una prospettiva che consenta l'emersione più piena delle caratteristiche collettive dell'oggetto della tutela.

Va in primo luogo osservato che, qualunque sia il criterio normativo che si ritenga idoneo a qualificare l'illiceità del comportamento lesivo (v. *infra*, § 5), pare certo che il carattere collettivo dei beni ambientali implica che la lesione di essi può accertarsi con maggiore oggettività attraverso la deduzione in giudizio dell'intero rapporto tra una collettività determinata e l'ambiente ad essa riferibile¹⁹. Del resto, la sentenza annotata richiede che «la tutela sia postulata in ragione della partecipazione [dell'attore a una determinata formazione sociale] e della oggettiva configurabilità della formazione sociale di appartenenza».

In tal modo, oltre tutto, la sentenza prospetta opportunamente l'esigenza di definire comunque un nesso tra bene leso e legittimazione attiva; escludendo implicitamente la prospettiva di un'azione civile «popolare», che prescindendo da qualsivoglia collegamento tra attore e bene specifico per il

¹⁷ Per l'impostazione metodologica, sotto entrambi i profili, v. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, cit., pp. 881 ss.; ID., *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 81 ss.

¹⁸ Cfr., per la differenza e il nesso tra i due metodi, L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, pp. 340 ss.

¹⁹ RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, cit., pp. 898 ss.; ID., *Le azioni civilistiche*, cit., p. 89.

quale è invocata la protezione²⁰. Non può tacersi allora il rischio che il suddetto collegamento sia fondato in concreto²¹, al di là delle argomentazioni addotte, sulla titolarità di un diritto di godimento immobiliare, riproducendosi così una tutela preferenziale delle «ragioni della proprietà», di per sé incongrua rispetto alla natura dell'interesse del quale invece è postulata la protezione²².

L'adozione di una tecnica individualistica di tutela civile dell'ambiente può condurre poi a una «monetizzazione» dei danni ambientali, per una duplice via. In primo luogo, configurata la situazione come diritto assoluto, difficilmente potrà negarsi l'esperibilità di una tutela risarcitoria, autonoma rispetto a quella inibitoria; tanto più che i convincenti orientamenti revisionistici, delineati ormai con sufficiente precisione, in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale e di criteri di valutazione del danno alla persona²³, consentono di superare almeno in parte i limiti tradizionalmente posti a questa forma di tutela. D'altra, quand'anche si ritenesse ammissibile solo la protezione inibitoria, non è dubbio che la tipica dispositività del processo civile potrebbe consentire di aggirare, stragiudizialmente, il carattere indisponibile della situazione, traducendola in termini monetari. Oltre alla possibilità, più volte segnalata in questa materia, di aprire così la via a veri e propri «ricatti legalizzati», non si possono non ribadire i dubbi circa la congruità, e la funzionalità, della tecnica risarcitoria rispetto alla protezione del «diritto all'ambiente salubre». I rischi di traslazione in termini monetari della protezione civile dell'ambiente verrebbero invece fortemente ridotti, o del tutto eliminati, dalla configurazione di essa come tecnica collettiva, affidata a soggetti sociali.

Un'ultima considerazione può essere infine solo accennata: in una situazione istituzionale ed economica fortemente segnata, com'è generalmente riconosciuto, da tendenze alla frantumazione del corpo sociale, non può non formare oggetto di attenta valutazione, dal punto di vista della politica del diritto, una prospettiva volta a concentrare, piuttosto che a disperdere atomisticamente, i momenti di intervento, anche giurisdizionale, dei singoli sui processi in atto nella società e nell'economia.

²⁰ Cfr. DENTI, *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, cit., pp. 56 ss.; H. KÖTZ, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, in *Arch. Civ. Praxis*, 1974, pp. 86 ss.

²¹ Nella fattispecie di cui alla sentenza gli attori risultano essere un proprietario e un titolare di diritto personale di godimento.

²² Per la prospettiva di un'interpretazione in parte diversa, alla luce della Costituzione, delle «ragioni della proprietà» v. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 375 ss.

²³ Cfr. BESSONE, ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute»*, cit., pp. 54 ss.; BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., pp. 575 ss.

Un'obiezione particolarmente rilevante alla prospettiva delineata concerne gli aspetti processuali connessi alla tutela degli interessi collettivi. In proposito la dottrina ha operato un'approfondita e acuta elaborazione²⁴; che dimostra la maturità, ma anche forse la necessità, di un intervento legislativo che consenta di definire con precisione i profili della legittimazione, della pubblicità, del contraddittorio e dell'intervento, delle forme di tutela, dell'efficacia della sentenza. Sul punto si tornerà brevemente (§ 7); va intanto rilevato che particolarmente proficuo a tal fine potrà essere l'esame delle corrispondenti esperienze straniere²⁵, purché si tenga conto non solo del differente contesto istituzionale e sociale, ma anche delle ipotesi di politica del diritto che in esse si esprimono: le quali non paiono tutte condivisibili²⁶.

5. Un ulteriore ordine di riflessioni suscitato dalla sentenza prescinde almeno in parte dalla tecnica – individuale o collettiva – adottata per la tutela civile dell'ambiente. La Suprema Corte sembra escludere che il giudice possa procedere alla comparazione degli interessi contrapposti dedotti in giudizio: il «diritto all'ambiente salubre» sarebbe tutelato «incondizio-

²⁴ DENTI, *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, cit., pp. 51 ss.; M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, cc. 60 ss.; A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, pp. 322 ss.; VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, cit., pp. 65 ss.

²⁵ Per l'esperienza nordamericana delle *class actions* v. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, cit., pp. 251 ss., ove i riferimenti; adde A.R. MILLER, *Of Frankenstein Monster and Shining Knights: Myth, Reality and the «Class Action Problem»*, in *Harv. L. Rev.*, 1979, pp. 664 ss. Per la legge tedesca sulle condizioni generali di contratto del 1976, che attribuisce la legittimazione ad agire alle associazioni per la tutela dei consumatori e a quelle per la promozione di interessi professionali (ed estende *ultra partes* gli effetti della sentenza inibitoria), v. G. DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 107 ss.; H. STOLL, *La nuova legge della Repubblica Federale Tedesca sui contratti di adesione*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, pp. 269 ss. Per la cosiddetta legge Royer del 1973, che consente l'azione civile nel processo penale a determinate associazioni di consumatori v. J. CALAYS-AULOY, *La Loy Royer et les consommateurs*, in *Dalloz*, 1974, *Chr.*, pp. 91 ss. Per le disposizioni del titolo IV del recente codice civile della Rdt v. M. POSCH, *Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung*, Berlin, 1977, pp. 32 ss.; SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 395 e n. 51. L'opportunità di un intervento legislativo è affermata da Cass., Sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207, cit.

²⁶ Per più ampie considerazioni ci si permette di rinviare a SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, cit., pp. 478 ss.; ID., *Le immissioni industriali*, cit., pp. 347 ss., 405 ss.

natamente», e qualunque alterazione, da chiunque posta in essere, delle condizioni ambientali indispensabili «o anche soltanto propizie» alla salute sarebbe illecita. La decisione non si sofferma invero su questo aspetto, e ciò è comprensibile, dal momento che concerne un regolamento di giurisdizione. Peraltro, le formulazioni adottate richiamano un orientamento diffuso in dottrina²⁷, e richiedono un approfondimento adeguato.

Com'è noto, i diritti della personalità non sono tutelati tutti con la medesima intensità: se il sacrificio del diritto alla vita o all'integrità fisica è giustificato solo dallo stato di necessità o dalla legittima difesa, la tutela della riservatezza, ad es., è invece condizionata dal diritto di cronaca. D'altra parte, il bene di cui alla situazione soggettiva descritta nella sentenza è più ampio dell'integrità fisica di cui ad es. all'art. 5 codice civile: come si è detto, in ciò consiste uno dei principali tratti innovativi, più volte ribaditi dalla stessa sentenza.

La Suprema Corte non si sofferma sui criteri attraverso i quali stabilire quando un'attività sia tale da rendere «insalubre» un ambiente determinato, e sia quindi da qualificarsi illecita in quanto lesiva della situazione soggettiva *de qua*. Se l'espressione «insalubre» è intesa con riferimento a conseguenze patologiche, medicalmente accertabili, oppure a un pericolo grave e prossimo per l'incolumità e l'integrità fisica, le argomentazioni giurisprudenziali sono ineccepibili. Non si può però tacere la possibilità che le formulazioni giurisprudenziali, così attente a insistere sull'elemento differenziale – rispetto alla concezione restrittiva del diritto alla salute – costituito dal riferimento all'insieme delle condizioni dell'ambiente nel quale «si svolge la personalità» dell'individuo, lascino aperto il varco a interventi giudiziali di tutela del diverso, e più ampio, interesse alla «qualità della vita», al «benessere psichico», ecc.

La considerazione di questo più ampio profilo induce però a sottolineare l'esigenza di distinguere tra configurazione-attribuzione del diritto, e determinazione del contenuto, dal punto di vista del giudizio di illiceità dell'attività lesiva. L'evoluzione produttiva e tecnologica determina di frequente alterazioni *in peius* delle condizioni ambientali. Il problema si pone al di sotto della soglia dell'effetto patologico dal punto di vista medico: per diverse ragioni, infatti, deve escludersi che ogni alterazione di un determinato ambiente costituisca di per sé illecito civile, sotto il profilo qui considerato. In primo luogo, ogni intervento umano incide su un ambiente dato, il cui assetto ecologico può essere già più o meno com-

²⁷ Cfr. ad es., D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile e il diritto alla salute*, cit., pp. 418 ss.; CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, cit, p. 48; G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 290.

promesso. Ammettere una tutela «incondizionata» di situazioni ambientali *date* significa consacrare una realtà territoriale diversificata di fatto secondo connotazioni sociali, e garantire dunque una tutela poziore a chi già goda una situazione ecologica preferenziale: in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, 2° comma, Cost.²⁸.

Inoltre, e comunque, la protezione dell'ambiente, se costituisce un interesse costituzionalmente rilevante, non può essere considerata aprioristicamente e astrattamente prevalente rispetto a ogni altro interesse e valore costituzionale. Assume rilievo in particolare lo svolgimento di attività idonee a conseguire risultati produttivi e occupazionali anch'essi protetti dalla Costituzione (cfr. art. 4, 1° comma).

Occorre dunque individuare, anche in questa materia, criteri o parametri di «selezione degli interessi»²⁹ che consentano di fondare razionalmente l'attività giudiziale di risoluzione dei conflitti.

A tal fine sono state prospettate soluzioni diverse. Si può ritenere che quei criteri debbano essere desunti immediatamente dai principi costituzionali³⁰. Tale soluzione si traduce in concreto, vista l'estrema ampiezza della discrezionalità che ne risulta, nel potere del giudice di comparare caso per caso e liberamente gli interessi confliggenti (al contenimento del danno ambientale, al mantenimento dei livelli occupazionali, allo svolgimento di determinate attività produttive, ecc.).

Per ridurre i margini di discrezionalità, si è ritenuto che tale comparazione sia vincolata a parametri di razionalità economica, attraverso il confronto tra il costo delle misure protettive e quello dei danni causati dall'attività³¹; oppure che i criteri siano desumibili analogicamente da quelli

²⁸ Per le analoghe conseguenze dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 844, 1° comma v. *amplius* in SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 320 ss., 388 ss. Per un giudizio simile sulla funzione che sono venute talvolta assumendo nella Rft le cosiddette *Bürgerinitiativen* v. NARR, *Sistema istituzionale e partiti politici nella Rft*, in *Dem. e dir.*, 1979, p. 595.

²⁹ Cfr. in generale ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, cit., pp. 255 ss.

³⁰ Cfr., ad es., BRECCIA, *Proprietà, impresa e conflitto d'interessi costituzionalmente protetti*, cit., pp. 69 ss.; PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., pp. 53 ss.

³¹ Secondo gli ormai noti metodi dell'analisi economica del diritto, introdotti nella nostra materia, con riferimento all'art. 844, da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 347 ss. (e cfr. ID., *Istituzioni di diritto privato*³, Milano 1977, pp. 544 ss.); e ripresi da G. VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, II, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, pp. 60 ss.; e da R. PARDOLESI, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 cod. civ. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili delle proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, cc. 1144 ss.

posti dall'art. 844 per la tutela della proprietà dalle immissioni³².

6. Nessuna di queste soluzioni appare però del tutto soddisfacente.

È difficilmente contestabile che il giudice abbia il potere di applicare direttamente le fattispecie costituzionali definite con sufficiente precisione normativa. Molto più problematica appare però l'attuazione immediata delle disposizioni costituzionali che adottino la tecnica della clausola generale, tanto più quando – come nella nostra materia – questa risulti espressiva di una pluralità di contenuti e di «valori», potenzialmente confliggenti³³.

Come già si è osservato, questo è appunto il caso del conflitto tra attività produttiva e tutela dell'ambiente: per il quale l'art. 32, 1° comma (così come l'art. 9, 2° comma) pare assumere la rilevanza mediata di integrazione della clausola dell'utilità sociale *ex artt.* 41 e 42³⁴.

Se si affronta poi il tema – come pare necessario – sulla base di una pur sommaria considerazione della realtà economica e sociale nella quale la tecnica giudiziaria delineata si troverà concretamente ad operare, non si può trascurare il rilievo che l'economia nazionale si è venuta storicamente strutturando «sul presupposto di una pressoché illimitata licenza di inquinare»³⁵. È evidente che il superamento di questa realtà non può essere improvviso (come avverrebbe se si ritenesse che tutte le attività inquinanti siano illecite per violazione dei principi costituzionali) e occasionale (in quanto determinato da singoli e non coordinati interventi giurisdizionali). Esso deve avvenire invece sulla base di «chiari e coerenti e ben programmati

³² Secondo un orientamento diffuso nella cultura giuridica della Rft, con riferimento al corrispondente § 906 BGB: v. FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, cit., pp. 76 ss. (per il diritto alla salute); ROTH, *Materiellrechtliche und processuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes*, cit., p. 923, e LANG, *Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutz in rechtsvergleichender Sicht*, cit., p. 388 (per la tutela dei «beni della personalità» lesi dall'alterazione delle condizioni ambientali).

³³ Si conferma così l'esigenza di risolvere il problema della *Drittwirkung* in maniera non univoca, ma attraverso un'analisi differenziata che tenga conto della natura del rapporto e degli interessi implicati [P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*³, Napoli, 1977, p. 229; ID., *La tutela della salute ed il danno alla persona*, in BUSNELLI, BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, cit., VII; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 1. La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1978, p. 150].

³⁴ Per un più ampio svolgimento sia consentito ancora un rinvio a SALVI, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, cit., pp. 459 ss.

³⁵ CONTI, *Inquinamenti, salute, prevenzione*, in *Città e regione*, 1979, I, pp. 15 ss., anche per gli argomenti che seguono.

criteri di priorità», tenendo conto dell'entità dei danni ecologici, dell'utilità solo economica o anche sociale dei singoli settori produttivi, dell'incidenza sulla bilancia dei pagamenti, dell'esigenza di reperire fonti di energia, ecc.

L'attuazione di una linea di intervento così articolata e complessa, che tenga conto dei molteplici interessi sociali rilevanti, non può essere rimessa senza alcuna mediazione all'autorità giudiziaria, ma richiede un'azione programmatica ed esecutiva coordinata e predefinita legislativamente, rientrando nella previsione dell'art. 41, 3° comma, Cost.

Un intervento giurisdizionale diretto e immediato, come quello delineato dalla sentenza, appare dunque fondato di fronte a situazioni – purtroppo non sconosciute alla cronaca – nelle quali la degradazione ambientale si traduce in un pericolo prossimo per la vita e la salute di soggetti determinati; non può però essere generalizzato a tutti i casi di peggioramento della qualità dell'ambiente.

Chi ritenesse il contrario muoverebbe invero da una duplice opzione di politica del diritto: la sfiducia (certo non ingiustificata) nella capacità delle istituzioni politiche e amministrative di fornire risposte adeguate, e dunque un'esplicita scelta per la «supplenza» giudiziaria; la valutazione del problema ecologico in termini di assoluta priorità del contenimento della degradazione ambientale, senza mediazioni, e dunque l'adesione alla nota tesi dello «sviluppo zero»³⁶.

Prima di soffermarsi su questo ordine di argomentazioni, va rilevato che neppure pare idoneo il ricorso a soluzioni, come quelle ricordate alla fine del paragrafo precedente, differenti da quella adottata dalla sentenza, ma egualmente fondate sull'intervento giudiziario non mediato legislativamente.

I criteri desumibili dall'analisi economica, infatti, pur senza sottovalutarne l'utilità, non sembrano suscettibili di un'immediata traduzione precettiva in questa materia³⁷. La prospettiva assunta dalla Cassazione (per la quale, a quanto sembra, viene dedotta in giudizio l'intera alterazione di

³⁶ Cfr. D.H. MEADOWS ED ALTRI, *I limiti dello sviluppo*, trad. ital., Milano, 1972.

³⁷ Per la discussione v. BULLINGER, *Haftungsprobleme des Umweltschutzes aus der Sicht des Verwaltungsrechts*, cit., pp. 599 ss.; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*², Boston-Toronto, 1977, pp. 21 ss.; B.A. ACKERMANN, *Introduction*, in ID., *Economic Foundation of Property Law*, Boston-Toronto, 1975, pp. VII ss.; R.C. ELLICKSON, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules and Fines as Land Use Controls*, *ivi*, pp. 265 ss.; WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz*, cit., pp. 185 ss.; N. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Wertbarkeit der «Economic Analysis of Law»*, in *Arch. Civ. Praxis*, 1976, pp. 307 ss.; G. ALPA, *Aspetti e tendenze attuali della responsabilità civile*, in *Annali Fac. Giur. Genova*, 1977, I, pp. 418 ss.; G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Pol. dir.*, 1978, pp. 665 ss.

un ambiente dato, dal momento che proprio in essa è individuata la lesione della sfera della personalità dell'attore) consentirebbe forse di superare la obiezione concernente la differenza tra il danno *subito* dall'attore e il danno complessivamente *prodotto* dall'attività lesiva. (Si noti, *per incidens*, che ne risulta confermato il carattere collettivo dell'interesse all'ambiente). Per tale via, però, la comparazione giudiziale non concerne solo costi calcolabili (e confrontabili) in termini rigorosamente economici (cioè il costo dell'adozione di misure protettive e il danno subito dall'attore). Sia l'interesse alla conservazione dell'ambiente, infatti, sia quello allo svolgimento dell'attività lesiva (sotto il profilo qualitativo del tipo di produzione, oltre che sotto quello quantitativo), sia l'interesse all'occupazione operaia, non sono quantificabili, almeno con le modalità possibili in un giudizio civile.

D'altra parte, l'interesse – pur rilevante – all'allocazione più efficiente delle risorse non è l'unico né il principale, di fronte a situazioni come quella configurata dalla sentenza: il ricorso alla categoria del diritto della personalità, e all'art. 2 (ma anche 41, 2° comma) Cost., è indubbiamente idoneo a esprimere questo dato.

Neppure l'ipotesi di un'applicazione analogica dell'art. 844³⁸ pare soddisfacente, per la radicale diversità dei beni tutelati. I criteri posti dalla norma del codice, infatti, se esprimono una razionalità congrua – e risultano sufficientemente certi – all'esigenza di garantire lo svolgimento di attività produttive e, insieme, la percezione della rendita fondiaria (e quindi situazioni soggettive considerate solo sotto il profilo patrimoniale), non sono suscettibili di applicazione a situazioni caratterizzate invece dalla non-patrimonialità, se non risolvendoli in formulazioni così generiche da risultare del tutto inutili³⁹.

La prospettazione di una tecnica di intervento parzialmente diversa da quella delineata dalla Cassazione richiede però, a questo punto, ulteriori e più esplicite considerazioni sui profili di politica del diritto ai quali in precedenza si accennava.

7. È generalmente riconosciuto che le tematiche della «supplenza giudiziaria», e più ampiamente del rapporto tra interpretazione e politica del diritto, sono da ricondurre alle difficoltà che lo Stato contemporaneo incontra nel fornire risposte adeguate alle sempre più complesse e pressan-

³⁸ Cfr. *supra*, nota 32.

³⁹ *Amplius* in SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 336 ss., 351 ss.

ti domande provenienti dal corpo sociale⁴⁰. «Le tensioni sociali generate dal dinamismo della struttura pluralistica, nella misura in cui non sono assorbite mediante strumenti politici produttivi di nuovo diritto – legislazione e contrattazione collettiva –, si trasformano in domande di giustizia indirizzate agli organi del potere giudiziario»⁴¹. Il fenomeno si riscontra con maggiore intensità per interessi «diffusi» come quello all'ambiente. Tali interessi, infatti, da un lato non sono tutelati adeguatamente dalla normativa vigente, e dall'altro sembrano incapaci di integrarsi nel «mercato politico» delle rappresentanze dei gruppi organizzati⁴². Ne consegue che i canali politici e amministrativi non si mostrano in grado di consentirne gli accessi, mentre la legislazione non viene sufficientemente rinnovata per adeguarla alle «nuove domande».

In questa situazione un atteggiamento che si limitasse alla mera contestazione della legittimità e opportunità di un intervento giudiziario anche tale da forzare, per così dire, il sistema dommatico e normativo, sarebbe irrealistico e ingiustificato.

Proprio il tema della tutela dell'ambiente induce però a constatare i molteplici «limiti dell'attivismo giudiziario»⁴³: la sua connaturale frammentarietà e occasionalità, mentre solo un intervento pianificato può assicurare l'effettiva protezione dell'interesse; il contrasto spesso insuperabile con una disciplina legislativa diversamente orientata; l'assenza di coordinamento con l'intervento amministrativo; «il difetto di investitura politica del giudice», di fronte alle conseguenze delle sue decisioni sull'occupazione e sullo sviluppo economico di una zona determinata.

Inoltre, l'interesse all'ambiente rischia di essere sottratto, mediante il ricorso a tecniche individualistiche di tutela giurisdizionale, a sedi istituzio-

⁴⁰ Per un'adeguata comprensione dei profili politologici e sociologici di questo aspetto della crisi dello Stato contemporaneo è essenziale il riferimento agli studi recenti di J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, trad. ital., Bari, 1975; C. OFFE, *Lo Stato del capitalismo maturo*, trad. ital., Milano, 1977; J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, trad. ital., Torino, 1977; e N. POULANTZAS, *Il potere nella società contemporanea*, trad. ital., Roma, 1979.

⁴¹ MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 339.

⁴² Cfr. le analisi di A. PIZZORNO, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, in C. CROUCH, A. PIZZORNO (cur.), *Conflitti in Europa. Lotte di classe, sindacati e Stato dopo il '68*, Milano, 1977; P.C. SCHMITTER, *Modalità di mediazione degli interessi e mutamento sociale in Europa occidentale*, in *Il Mulino*, n. 248, 6/1976, p. 889; C. LINDBLOM, *Politica e mercato*, trad. ital., Milano, 1979; S. BELLIGNI, *Governi privati nel capitalismo maturo. A proposito di neocorporativismo in Dem. e dir.*, 1979, n. 4/5, p. 555.

⁴³ S. RODOTÀ, *Prefazione*, in *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Milano, 1978, pp. 15 ss., anche per le considerazioni che seguono.

nali più idonee – anche se differenti da quelle burocratiche tradizionali – a esprimere direttamente momenti decisionali autonomi e partecipativi delle collettività interessate.

Non si può dunque non concordare con chi presceglie una «politica della giurisprudenza» tale da consentire il massimo coordinamento tra attività giudiziale e concreta aggregazione sociale degli interessi collettivi⁴⁴. Al tempo stesso, però, le considerazioni fin qui svolte inducono a sottolineare la necessità di un ulteriore coordinamento, tra la tutela giurisdizionale e le tecniche di gestione dei beni collettivi, definite dalla legislazione di settore e affidate ai pubblici poteri.

La sentenza annotata – della quale vanno ribadite la perspicuità dell'*iter* logico e la condivisibilità di molte argomentazioni – non pare del tutto congrua a quella che – a sommesso giudizio di chi scrive – sembra la prospettiva di tutela dell'ambiente più rispondente ai principi costituzionali e alle considerazioni di politica del diritto che si sono svolte.

In definitiva, dunque, per tradurre sinteticamente in positivo i rilievi cui la decisione della Cassazione ha fornito lo spunto, si può prospettare, per la tutela civile dell'ambiente, una duplice esigenza. La prima è che a «domande sociali» intrinsecamente collettive siano garantite forme di tutela congrue alla loro struttura, senza ricondurle necessariamente alla logica propria di tecniche individualistiche (*supra*, §§ 3 e 4). La seconda esigenza concerne l'individuazione di tecniche di coordinamento tra le «due distinte attività di gestione del medesimo bene [delle quali] la prima, affidata ai poteri pubblici, opera la mediazione tra esigenze diverse in base alla valutazione complessiva degli interessi della società organizzata, [mentre] la seconda, propria dei singoli, si occupa del potere di fruizione dell'individuo»⁴⁵.

Solo in tal modo pare infatti possibile superare i limiti, che si è cercato di rilevare, di tecniche giudiziali come quella elaborata dalla Suprema Corte: sia consentendo l'emersione del nesso che nella realtà sociale lega l'interesse diffuso a soggetti idonei a esprimerne il carattere collettivo; sia

⁴⁴ RODOTÀ, *Prefazione*, cit., 19, dove si sottolinea positivamente la tendenza giurisprudenziale ad ampliare l'ammissibilità della costituzione di sindacati e comitati di quartiere come parti civili nel processo penale. V. sul punto, recentemente, A. POSTIGLIONE, *Soggetti legittimati a far valere il danno da inquinamento atmosferico*, in *Giur. mer.*, 1979, II, pp. 407 ss.; e *ivi* riferimenti.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, cit., in motivazione. Per i problemi giurisdizionali derivanti dalla «coesistenza di gestione pubblica e privata» dell'interesse all'ambiente v. L. MONTESANO, *Sulla tutela giurisdizionale degli «interessi diffusi» e sul difetto di giurisdizione per «improponibilità della domanda»*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, cc. 1493 s.

coordinando il contenuto della decisione con le scelte definite dalle sedi istituzionalmente preposte a mediare i conflitti sociali. Quest'ultimo risultato può essere conseguito sussumendo i parametri posti dalla legislazione di settore nei criteri di comparazione giudiziale degli interessi, attraverso tecniche interpretative che lascino alla valutazione della singola fattispecie un margine non rigido, ma neppure del tutto discrezionale⁴⁶.

Tale prospettiva può essere agevolata, sul piano dommatico, dalla revisione di talune categorie civilistiche (come quelle di situazione soggettiva e di ben giuridico); e, sul piano operativo, da innovazioni legislative recentemente introdotte, delle quali è auspicabile una sollecita e soddisfacente esecuzione⁴⁷.

Va comunque ribadita l'opinione (*supra*, § 4) che i nodi della tutela civile dell'ambiente, e in genere di interessi diffusi e collettivi, siano maturi per uno scioglimento legislativo, che consenta di inserire le tecniche giudiziali in una strategia istituzionale complessiva, capace di comporre il momento decisionale della programmazione con quello garantistico della partecipazione.

⁴⁶ Un tentativo di rinnovare, ricorrendo a tale tecnica, l'interpretazione corrente dei criteri posti dall'art. 844 si è compiuto in SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 387 ss.

⁴⁷ Particolarmente interessante è la previsione dell'art. 4 legge n. 833 del 1978 (cosiddetta riforma sanitaria), che prevede l'emanazione di decreti con i quali saranno «fissati e periodicamente sottoposti a revisione i limiti massimi di accettabilità delle concentrazioni e i limiti massimi di esposizione relativi ad inquinamenti di natura chimica, fisica e biologica e delle emissioni sonore negli ambienti di lavoro, abitativi e nell'ambiente esterno».

*Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo**

1. Uno dei maggiori limiti alla individuazione delle possibili forme di rilevanza civilistica del diritto alla salute sembra derivare dalla difficoltà di inquadrare negli schemi tradizionali delle situazioni soggettive l'interesse di un soggetto alla preservazione della salute, che vada al di là sia dell'interesse al ristoro patrimoniale per le conseguenze di una lesione all'integrità fisica, che dell'interesse alla predisposizione, da parte delle istituzioni pubbliche, di strutture sanitarie adeguate (il c.d. «diritto pubblico soggettivo» alla salute)¹.

La previsione costituzionale della salute come «diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività» sembra così stemperarsi, da un lato, sul consueto versante individualistico del risarcimento del danno a carico di chi leda illegalmente la salute altrui, secondo l'esplicita previsione del § 823 BGB, dall'altro, sul versante pubblicistico della riforma sanitaria. Anche la recente giurisprudenza della Cassazione², pur di notevole interesse, nell'affermare l'operatività immediata del diritto alla salute nei rapporti interprivati, non sembra prospettare un reale superamento della logica ancora individualistica, comune del resto in generale alla problematica del *Drittwirkung*³.

* Pubblicato in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F. D. Busnelli e U. Breccia, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 445-488.

¹ Cfr. E. DE PALMA RAINONE, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Probl. sic. soc.*, 1968, pp. 15 ss.; e, criticamente, L. MONTUSCHI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, artt. 29-34, Bologna-Roma, 1976, p. 148 s. Per il rilievo dell'art. 32¹ sotto il profilo del diritto pubblico cfr. soprattutto C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni malattie professionali*, 1961, pp. 1 ss.

² V. Cass., sez. un., 21 marzo 1973, n. 796, in *Foro amm.*, 1974, I, 1, pp. 26 ss.; Cass., sez. un., 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1973, I, pp. 843 ss.; Cass., sez. un., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro it.*, 1976, I, cc. 385 s.

³ Per la quale, in generale, cfr. le ormai classiche pagine di W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin, 1960, soprattutto pp. 363 ss.; P. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 33 ss.; ID., *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, II, pp. 529 ss.; e G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970, pp. 100 ss. Per la applicabilità diretta nei rapporti interprivati della norma costituzionale sulla salute v. M. BESSONE, E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 767 ss. Cfr. però P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*², Napoli, 1975, p. 207, per il quale la prescrizione costituzionale relativa alla salute rimane estranea ai rapporti tra privati.

Correlativamente, la discussione sulla tutela civile degli interessi collettivi⁴ non è ancora riuscita a superare il nodo centrale rappresentato dall'inserimento di una tematica tradizionalmente estranea al diritto privato moderno nelle forme del diritto civile. Eppure, nell'attuale strutturazione dell'ordinamento giuridico, sembra questa l'unica prospettiva metodologica idonea a fondare positivamente la tutela civile di determinati interessi non individualistici⁵.

Tuttavia, da alcune recenti novità legislative e giurisprudenziali è forse possibile desumere elementi per una rilettura della norma costituzionale sulla salute, per la quale l'interesse della collettività e il diritto dell'individuo fuoriescano dalla tradizionale contrapposizione tra diritto pubblico, la cui attuazione è rimessa all'attività dello Stato - persona, e diritto privato, come forma di tutela di interessi a contenuto eminentemente patrimoniale⁶.

Il primo elemento utile in tale prospettiva è rappresentato dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, che proietta in una dimensione collettiva quel diritto all'integrità fisica e morale del lavoratore che l'art. 2087 c.c., codificando «un principio già consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza dell'ultimo cinquantennio»⁷, poneva tutto all'interno del rapporto contrattuale di lavoro⁸. Al di là di ogni altra valutazione⁹, l'art. 9 esprime lo stretto collegamento tra la posizione individuale e quella della collettività e degli ambienti nei quali l'individuo si trova ad operare, e nello stesso tempo pone una strumentazione che, muovendo dal principio affermato

⁴ Per la quale v. intanto le considerazioni di S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, pp. 81 ss.

⁵ Cfr. in tal senso le indicazioni di RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 93 ss.

⁶ Cfr. ancora RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 82, che sottolinea come le definizioni correnti degli interessi collettivi coprano in effetti un'area sostanzialmente residuale rispetto ad una classificazione degli interessi organizzata intorno ai due poli dell'interesse pubblico e dell'interesse privato. È difficile dubitare, del resto, del fatto che la tematica degli interessi collettivi rappresenta uno dei punti di emersione della generale crisi del rapporto tradizionale tra diritto pubblico e diritto privato.

⁷ Così Cass., 25 febbraio 1945, in *Foro it.*, Rep. 1943-1945, voce *Impresa*, n. 8.

⁸ Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1976, pp. 155 ss.; e N. LIPARI ED ALTRI, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, pp. 32 ss., che sottolineano il carattere fortemente innovativo dell'art. 9 cit. nei confronti dell'art. 2087 c.c. In generale, cfr. G. GHEZZI, *Statuto dei lavoratori e tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 763 ss.

⁹ Cfr. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 165 ss., sui risultati non del tutto soddisfacenti conseguiti in sede di applicazione dell'art. 9 cit.

dalle lotte sindacali della non monetizzazione della nocività¹⁰, è diretta ad una tutela di tipo non risarcitorio, ma inibitorio o «reale», come forma di controllo sull'organizzazione dell'attività produttiva. La titolarità della relativa situazione soggettiva è quindi istituzionalmente attribuita ai lavoratori della fabbrica interessata in quanto organizzati a tal fine¹¹. Si delinea così una situazione attiva a contenuto non patrimoniale, il cui esercizio è rimesso all'autonomia dei soggetti interessati, unificati in collettività, e che ha ad oggetto un bene qualificato anch'esso come collettivo, e cioè «la salute e l'integrità fisica dei lavoratori»¹² in relazione ai modi d'essere di un ambiente determinato.

Un secondo punto di riferimento utile per il discorso che qui interessa è rappresentato dal dibattito suscitato dalla recente tendenza giurisprudenziale che propone criteri nuovi per la valutazione del danno alla persona, svincolandola dall'esclusivo riferimento alla «capacità di reddito» del soggetto leso¹³.

Sia che il danno alla salute venga fatto rientrare nella fattispecie dell'art. 2059, sia che invece si ritenga, come sembra preferibile, che esso, pur derivando dalla lesione di un diritto non patrimoniale, sia suscettibile di valutazione economica e risarcibile secondo la regola generale dell'art. 2043¹⁴, il dato caratterizzante la discussione è rappresentato, ai fini che qui interessano, dalla conferma della tendenza alla «de-economicizzazione» della salute come bene giuridico. In entrambe le ipotesi ricostruttive, infatti, la valutazione dell'ammontare del danno alla salute ai fini del risarcimento è in larga misura svincolata dal riferimento al «valore patrimoniale» del bene in senso tradizionale, cioè come calcolo della differenza tra il valore di scambio del complesso dei beni economici del danneggiato precedente e successivo alla lesione. La valutazione è ricondotta invece a criteri di ordine essenzialmente equitativo: il ricorso all'art. 1226 c.c. sembra imposto, in questa ipotesi, proprio dalla natura del bene tutelato, per il valore del quale manca la possibilità di una verifica sul mercato. E tale possibilità manca proprio perché la salute, in una prospettiva sociale rispondente ai principi costituzionali,

¹⁰ MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., pp. 11 ss.

¹¹ Cfr. LIPARI ED ALTRI, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, cit., p. 32.

¹² Viste quindi come entità non coincidenti, a conferma della tendenza all'espansione del contenuto della nozione giuridica di «salute».

¹³ Cfr. Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, cc. 999; per altri riferimenti cfr. M. BESSONE, E. ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute». Una giurisprudenza innovativa in tema della valutazione del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, cc. 53 ss.; ed il saggio di F.D. BUSNELLI, pubblicato in questo volume.

¹⁴ Cfr. il saggio di BUSNELLI pubblicato in questo volume.

non viene più a coincidere con l'integrità fisica in senso stretto, la quale, incidendo sulla forza-lavoro del danneggiato, è invece suscettibile di scambio e quindi di valutazione economica sul mercato.

Da questi dati emerge dunque la possibilità di porre in termini nuovi e più congrui al dettato costituzionale il diritto alla salute come situazione di diritto civile. Non identificato con il diritto all'integrità fisica in senso stretto, il diritto alla salute si proietta subito all'esterno, coinvolgendo il complesso di condizioni e di fattori che consentono al soggetto di condurre un'esistenza "sana", di svilupparsi pienamente come persona (cfr. art. 3² cost.), di «assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36¹ cost.), per la quale non è più sufficiente un livello minimo retributivo, ma occorre altresì la preservazione di determinati minimi di qualità di vita nell'ambiente esterno, soprattutto nei luoghi di lavoro e di abitazione. È stata del resto già sottolineata, sotto il profilo risarcitorio, la stretta relazione esistente tra tutela della salute e tutela dell'ambiente, perché solo un intervento sui fattori esterni all'individuo singolo consente di evitare «i limiti innaturali che l'essere vivente subisce alla piena espansione della sua personalità fisiopsichica dalla degradazione dell'ambiente»¹⁵.

Appare del resto metodologicamente corretto attribuire anche alla norma costituzionale sulla salute un significato corrispondente al nesso tra i principi fondamentali della Costituzione e l'effettivo assetto economico e sociale, secondo quella che è l'indicazione precisa che lo stesso costituente fornisce all'interprete, con il richiamo alla necessità di rimuovere i limiti che i *fatti* pongono al pieno sviluppo della persona umana (art. 3²)¹⁶. Tra il diritto alla salute e il c.d. diritto all'ambiente va allora instaurato anche sul piano giuridico - formale quel legame che sul piano della realtà sociale è talmente evidente, da non richiedere ulteriori osservazioni. La prospettiva volta all'unificazione delle due figure soggettive consentirà, da un lato, di sottrarre ai rilievi di genericità e di inconsistenza il preteso "diritto all'ambiente"¹⁷; dall'altro, di ancorare il diritto alla salute ad un preciso e concreto

¹⁵ M. COMPORI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., p. 355.

¹⁶ Cfr. le indicazioni metodologiche sui criteri di interpretazione delle norme costituzionali di C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 180 ss.

¹⁷ Per il quale cfr. G. MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, in *Foro amm.*, 1971, III, pp. 385 ss.; e G. RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, a cura di A. Gambaro, Milano, 1976, pp. 61 ss. Considerazioni critiche sulla possibilità di

termine di riferimento oggettivo. Si inizia così a delineare una nozione costituzionale della salute come bene giuridico, più ampia rispetto alla tradizionale concezione privatistica della salute come diritto all'integrità fisica¹⁸.

Già da queste premesse sembra possibile ricavare alcune indicazioni. La prima è che il diritto alla salute, a prescindere da ulteriori specificazioni, si pone come situazione avente ad oggetto, più che le condizioni fisiche dell'individuo astrattamente considerate, tali condizioni in quanto legate in un rapporto di causalità con il mondo esterno. Correlativamente, la forma di tutela della situazione non può ridursi esclusivamente alla protezione dell'integrità patrimoniale, anche perché spesso l'attività lesiva non determinerà conseguenze patrimoniali in senso tecnico.

Inoltre, il riferimento della tutela ad una determinata realtà ambientale non come oggetto di appropriazione esclusiva, ma come controllo sulle modalità di utilizzazione di essa, induce a considerare con attenzione il carattere non individualistico della situazione¹⁹. Questa è infatti, in linea di prima approssimazione, quanto meno *comune* ad una serie (indeterminata, ma determinabile) di soggetti che in quella determinata realtà ambientale si trovano ad operare.

Come si accennava all'inizio, la tematica del diritto alla salute, in quest'ottica, sembra trovare subito un preciso punto di collegamento con

costruire un diritto soggettivo all'ambiente in COMPORTI, *Responsabilità civile per danni da inquinamento*, cit., pp. 354 ss., per il quale peraltro sussiste un interesse legittimo all'ambiente di cui è titolare ciascun soggetto privato, e la cui lesione può comportare danni risarcibili. Da segnalare anche l'indicazione di RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 98, per il quale, più che di diritto all'ambiente, dovrebbe parlarsi di un ampliamento della sfera della personalità, che porta automaticamente con sé la possibilità di reagire alle nuove forme di violazione che quell'ampliamento implica. In tal senso è orientata la ricerca di H. FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1968, le conclusioni della quale sembrano peraltro confermare l'osservazione accennata nel testo sulla *Drittwirkung*: il quadro cioè ancora decisamente individualistico nel quale tematiche di questo genere possono svolgersi. In generale, si può osservare che proprio formulazioni come «diritto all'ambiente» (alla casa, all'informazione, ecc.), confermano l'esigenza di attribuire il massimo rilievo ai profili formali della qualificazione giuridica, onde evitare le pericolose e ingannevoli scorciatoie di cui parla RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit.,

¹⁸ Cfr. sul punto anche i rilievi di RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, cit., pp. 51 ss.; e di BESSONE, ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute»*, loc. ult. cit.

¹⁹ Nel quale si riflette il dato sociale: infatti, «il progredire della scienza e della tecnologia sta portando ... ad un diverso concetto di salute che è sempre meno intesa come "salute del singolo" quanto piuttosto come "salute del gruppo"» (RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, cit., p. 29).

la tematica degli interessi collettivi.

2. Senza voler ripercorrere per intero la discussione sugli interessi collettivi²⁰, si può affermare che tra le maggiori difficoltà che essa incontra vi è quella di identificare con precisione i problemi attinenti alla qualificazione giuridica dei dati sociali emergenti²¹.

Se non si individuano i criteri mediante i quali organizzare e formalizzare sul piano del diritto²² quelli che sono i bisogni di tipo collettivo che

²⁰ Non è dubbio che la discussione sugli interessi collettivi ha avuto principalmente ad oggetto i profili amministrativistici e penalistici, e quelli civilistici essenzialmente sotto il profilo processuale. Un quadro abbastanza completo è possibile desumere dai citati volumi *Le azioni a tutela di interessi collettivi* e *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*; tentativi di sistemazione delle posizioni emerse sono in L. ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, in *Foro it.*, 1975, V, cc. 71 ss.; e in R. PARDOLESI, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., pp. 241 ss.

²¹ La difficoltà della stessa identificazione dei problemi della qualificazione giuridica di situazioni di questo tipo si riconnette anche al tipo qualitativamente nuovo di tutela che in esse si esprime (sul punto v. *infra*, § 5). Fuorvianti, d'altra parte, possono essere, se non specificati, i collegamenti tra la categoria «interesse collettivo», nel significato che ha assunto nel recente dibattito, e le formulazioni correnti della nozione giuridica di interesse, discussa essenzialmente nel diritto pubblico (cfr., per i profili più vicini al nostro tema, L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, pp. 274 ss.; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 57 ss.; M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Milano, 1974, pp. 138 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, pp. 97 ss.) e nel diritto del lavoro (cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1959, pp. 369 ss.; G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960). Per «interesse collettivo» si intende ora qualcosa di diverso rispetto ai significati che l'espressione ha assunto nell'esperienza giuridica italiana (un'ampia rassegna di tali significati è in G. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 223, n. 2). La prospettiva metodologica qui seguita è indicata nel testo (v. anche nota seguente). Quel che comunque sembra certo è che, come giustamente osserva RECCHIA, *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, cit., p. 32, è del tutto insufficiente limitarsi a rilevare quali siano i «bisogni della collettività». A parte il fatto che la collettività potrebbe non condividere i giudizi in proposito dei giuristi, ritenendo di avere bisogni del tutto diversi, il problema giuridico è quello della forma di tutela di tali bisogni: se vi sia, come si caratterizzi e come si articoli.

²² È opportuno, per ragioni di chiarezza, esplicitare subito che i punti di riferimento della prospettiva metodologica, assunta su questo tema sono quelli rappresentati dalle pagine di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 64 ss.; di R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pp. 72 ss.; e di A. FALZEA, *Il*

la società esprime e per i quali si pone la «domanda di tutela», infatti, la categoria stessa di interesse collettivo finisce per oscillare tra la sfera del sociale, nella quale si pone come sintesi di quelle istanze che trovano nella società un momento di aggregazione reale, e la sfera del giuridico, nella quale deve trovare definizione come forma di una tutela e non più solo come espressione di bisogni.

Sul piano del diritto civile, che è il solo che qui interessa, la costruzione delle forme di tutela giurisdizionale, e l'individuazione e soluzione dei relativi problemi, non sembrano prospettabili se non come *posterius* rispetto ad un passaggio necessariamente preliminare, attinente ad una valutazione di ordine decisamente formale: se cioè, alla luce dell'attuale ordinamento giuridico italiano, quei «beni della vita», che si suole ricondurre alla categoria dell'interesse collettivo, siano anche «beni giuridici», siano cioè resi oggetto di una protezione giuridica che si indirizza a soggetti determinati²³. Il discorso va quindi svolto non in astratto, ma con riferimento ai diversi interessi collettivi.

In particolare, sulla base delle considerazioni in precedenza svolte, si tratta di vedere se l'interesse-bisogno alla protezione alla salute nella dimensione più ampia che è fatta propria dalla Costituzione²⁴ si traduca

soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici, Milano, 1939, pp. 3 ss. (nonché dalle opere successive sui temi specifici, che saranno citate in seguito).

In questa prospettiva sono naturalmente centrali gli scritti di A.E. CAMMARATA, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963 (e particolarmente *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, *ivi*, pp. 245 ss.; cfr. ora anche ID., *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 1012 ss.), anche se con specificazioni che naturalmente non è il caso di discutere qui. Si può peraltro osservare brevemente che intendere la razionalità e la natura formale della struttura categoriale del diritto moderno non significa necessariamente ipostatizzarle, negandone il carattere di astrazione determinata da uno specifico tempo storico. La scientificità della teoria giuridica sembra anzi esaltarsi proprio al livello della comprensione del significato storico della struttura formale del diritto, come tipo astratto di mediazione sociale. (Cfr. almeno G. DELLA VOLPE, *Logica come scienza storica*, Roma, 1969, rist., pp. 17 ss.; U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*³, Roma, 1972, pp. 18 ss.; B. DE GIOVANNI, *Marx e lo Stato*, in *Dem. e dir.*, 1973, pp. 37 ss.). Ciò premesso, va detto che della prospettiva teorica prima indicata si assume in particolare il riferimento all'esigenza di individuare i caratteri specifici, e quindi la pluralità, delle forme della qualificazione giuridica (cfr. S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, pp. 35 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 26 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 432 ss.).

²³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 164 ss.; e v. *infra*, § 5.

²⁴ V. *supra*, § 1.

in interesse tutelato civilisticamente, cioè in situazione giuridica soggettiva, come potere specifico di un soggetto al conseguimento di un bene determinato²⁵. Su questa base sarà poi possibile sviluppare il discorso della tutela giurisdizionale, sia in linea generale, *ex art. 24¹ cost.*, sia nelle sue concrete articolazioni.

Emerge subito l'estrema difficoltà di un discorso di questo tipo, connessa a ragioni di fondo sulle quali si svolgeranno in seguito alcune considerazioni, e che attengono alla struttura stessa del sistema del diritto civile, come si è storicamente organizzato²⁶. Si intende così il carattere problematico di molte delle cose che saranno ora dette.

Il primo problema che si può porre attiene all'individuazione come bene giuridico di quell'interesse alla salute, strettamente connesso alle condizioni ambientali, del quale si è in precedenza detto.

Si può anzitutto osservare come le più moderne formulazioni della teoria dei beni giuridici ruotino intorno all'alternativa tra la riconduzione integrale della categoria al concetto di oggetto di diritto soggettivo – per cui la stessa qualificazione normativa del bene si connette necessariamente al collegamento di esso con una situazione soggettiva – e l'affermazione invece dell'autonoma rilevanza, almeno sotto il profilo dommatico, del concetto di bene giuridico²⁷. Senza entrare nel merito della discussione – che assume rilievo notevole soprattutto nella definizione della teoria giuridica della proprietà – si può osservare come entrambe le impostazioni siano interne alla logica della qualificazione giuridica come forma dell'appropriazione esclusiva dei beni²⁸, nella misura in cui anche nella seconda prospettiva l'autonomia della qualificazione giuridica del bene si pone pur sempre come presupposto dell'attribuzione di esso a un soggetto nelle forme del diritto esclusivo di godimento.

Ad esempio, la discussione sulla qualificazione giuridica dello spazio sovrastante il suolo²⁹ ha sempre fatto riferimento alla possibilità di considerarlo o meno oggetto del diritto di proprietà privata; correlativamente, la riconduzione dell'aria nell'ambito delle *res communes omnium* ha signifi-

²⁵ Cfr. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 170.

²⁶ Cfr. RODOTÁ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 91; e v. *infra*, § 5.

²⁷ Cfr., rispettivamente, PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, loc. ult. cit.; e M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 112 ss.; nonché D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 32 ss.

²⁸ Cfr. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, loc. cit.

²⁹ Vedine l'impostazione tradizionale, con ampia discussione delle diverse posizioni, in C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934; e cfr. almeno le posizioni di COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 165 ss.

cato l'esclusione di essa dal novero delle cose in senso giuridico, sulla base della sua non appropriabilità non per ragioni di ordine «naturale», ma di ordine economico: superando l'aria in natura il fabbisogno umano, rispetto ad essa «non c'è possibilità di gestione economica e quindi nemmeno di gestione giuridica»³⁰.

Si presenta così come dato logico-naturale l'identificazione tra possibilità di gestione economica, qualificazione giuridica e appropriazione del bene nelle forme della proprietà privata, con un'operazione intellettuale che è fondata in realtà su ragioni storico-positive, e non logiche in senso stretto, perché è quanto meno pensabile sia la qualificazione giuridica di un bene indipendentemente dalla sua «economicità» come valore di scambio, sia la riferibilità giuridica di una cosa a un soggetto in forme differenti dal godimento in via esclusiva.

È significativo in proposito come, negandosi o ammettendosi la «proprietà dello spazio», l'indicazione operativa in ordine alla tutela giuridica non cambi³¹, nel senso che il termine di riferimento rimane sempre la situazione del proprietario fondiario, in relazione o all'ambito del suo *ius excludendi*, o alla ipotizzabilità di una proprietà superficiaria separata da quella del fondo³².

La prospettiva nella quale ci si pone, invece, da un lato concerne situazioni soggettive che abbiano in porzioni della realtà un termine di riferimento oggettivo, ma non si pongano come forma dell'appropriazione esclusiva di esse³³; dall'altro, intende riconsiderare, alla luce dei dati normativi, non tanto la premessa dell'impossibilità di una gestione economica di determinate entità reali, quanto l'affermazione della loro non-giuridicità, che da quella premessa si suole dedurre.

La legislazione speciale degli ultimi anni³⁴ in materia ambientale, supe-

³⁰ L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 592. L'impostazione è quella dominante: il problema se mai è quello dell'appropriabilità *per partes* delle *res communes*, come l'aria sovrastante il suolo per il proprietario fondiario: così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Milano, 1926, pp. 219 ss.; e non differentemente B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino, 1930, pp. 482, n. 3, e p. 594. I termini del problema sono del resto rimasti, fino a tempi recentissimi, quelli fissati da R. VON JHERING, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, trad. fr., in *Oeuvres choisies*, II, Paris, 1893, pp. 101 ss.

³¹ Cfr. in tal senso BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 592 ss.; ma cfr. ora M. COSTANTINO, *Proprietari e soggetti interessati all'uso «sociale» dei beni*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, p. 270 ss.

³² Cfr. N. COVIELLO, *Della superficie*, in *Arch. Giur.*, 1892, pp. 7 ss.

³³ Cfr. *infra*, § 5.

³⁴ Per la necessità di utilizzare la legislazione speciale ai fini della riconsiderazione delle

rando la logica delle regolamentazioni parziali, indirette e disorganiche, si è posta sulla via della definizione delle modalità di utilizzazione dei beni ecologici (l'aria, l'acqua, il suolo). Tale definizione è operata attraverso la previsione di un procedimento conformativo delle situazioni soggettive a contenuto economico³⁵, onde evitare che l'esercizio di queste alteri, oltre una certa misura, le condizioni ambientali. Per tale via, quindi, sono poste le premesse per l'individuazione dello statuto giuridico di beni rientranti in gran parte nella categoria delle *res communes omnium*³⁶.

Non è questa la sede per un esame dettagliato della normativa in questione³⁷. Quel che interessa osservare è che in essa è prevista la disciplina specifica di una serie di attività, allo scopo di evitare che ne derivino conseguenze ecologicamente negative sull'atmosfera, sulle acque, sul suolo e sul sottosuolo. In particolare, l'art. 1 della legge n. 615 del 1966 definisce il bene tutelato dalla legge con riferimento alle «normali condizioni di salubrità dell'aria», l'alterazione delle quali può comportare «pregiudizio diretto o indiretto alla salute dei cittadini», oltre che «danno ai beni pubblici o privati».

La prima indicazione che emerge dalla legislazione di settore consiste proprio nello stretto collegamento instaurato tra modi d'essere dei beni ambientali e salute dei cittadini.

Inoltre, viene operata una qualificazione giuridica dei beni suddetti, considerati dal punto di vista del loro assetto ambientale, indipendentemente dalla forma di appropriazione cui essi siano sottoposti. Siano cioè essi oggetto di proprietà pubblica o privata, o siano *res nullius*, ne è previsto uno statuto giuridico che impone di considerarli, sotto questo profilo, non

categorie civilistiche v. già, con indicazioni utili ai fini del tema in esame, S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1252 ss.; e cfr. ora ID., *Le azioni civilistiche*, cit., p. 100. Per una esemplare indicazione dell'utilità di questa prospettiva metodologica v. V. ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, in *Ecologia e disciplina del territorio. Atti del Convegno di Pontremoli (29-31 maggio 1975)*, Milano, 1976, pp. 39 ss.

³⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 443 ss.

³⁶ Cfr. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, loc. cit. e v. *infra*, § 5.

³⁷ Per un esame di tale normativa nella prospettiva qui assunta v. F. GIAMPIETRO, *I beni di proprietà collettiva nella nuova legislazione contro l'inquinamento*, in *Foro amm.*, 1974, II, pp. 453 ss., le cui conclusioni di ordine dommatico, peraltro, non paiono del tutto persuasive per le ragioni che saranno dette al § 5. In generale, cfr. per tutti A. PALUMBO, *Inquinamento atmosferico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 676 ss.; F. LAZZARO, *Inquinamento delle acque*, *ivi*, pp. 701 ss.; e F. MERUSI, *Prospettive per una gestione pubblica dell'ambiente*, in *Pol. dir.*, 1977, pp. 57 ss.

meri beni della vita, ma beni giuridici in senso lato³⁸, superando quindi il principio di indifferenza, con riferimento a modalità di utilizzazione tale da alterarne, per usare le parole della legge, «le normali condizioni di salubrità».

Una terza indicazione risiede infine nello stretto nesso instaurato tra lo statuto giuridico di questi beni e la disciplina delle situazioni di impresa e di proprietà, nel senso che la tutela dei primi si esprime nella conformazione procedimentale (funzionalizzazione) delle seconde.

Complessivamente, si ha quindi una conferma normativa dello stretto collegamento esistente tra protezione della salute, qualificazione giuridica dei beni ambientali e disciplina delle attività economiche.

Il problema della tutela civile della salute come interesse collettivo si pone a questo punto nei termini di accertare se la qualificazione giuridica dei beni ambientali operi solo ai fini della conformazione delle situazioni soggettive aventi contenuto economico, oppure anche attribuendo una situazione di vantaggio a soggetti diversi, «interessati» alle modalità di utilizzazione di quei beni.

Soccorrono in proposito le indicazioni costituzionali. In primo luogo, evidentemente, l'art. 32¹, che pone la salute – nel senso ampio di cui si è detto – come diritto fondamentale dell'individuo, con una formulazione omogenea a quella degli artt. 13 ss. e 36¹, nel senso che per tutte le situazioni previste da tali norme la garanzia deve considerarsi operante, anche ai sensi dell'art. 2, non solo nei confronti dello Stato, ma anche verso i privati³⁹.

In secondo luogo, soccorre l'art. 41², che pone, com'è noto, due limiti istituzionali allo svolgimento dell'iniziativa economica privata. Per il primo limite, questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale; per il secondo, non può svolgersi in maniera da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Mentre è difficile negare che la prima parte della disposizione richiede l'intervento ulteriore del legislatore ordinario, la seconda parte del 2° comma dell'art. 41 si presenta invece come una norma che, nel porre un «limite interno» alla situazione soggettiva avente contenuto economico, si riferisce al tempo stesso immediatamente ai soggetti portatori dei beni considerati (sicurezza, libertà, dignità umana), ai quali viene garantita, in quanto tali, la tutela in via assoluta⁴⁰.

³⁸ Nel senso con il quale usa tale nozione PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 170 s.

³⁹ Cfr. per tutti LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., pp. 131 ss., per i diritti di libertà; p. 27 ss. per l'art. 36¹ cost., e *ivi* altri riferimenti.

⁴⁰ V. più ampiamente, su tali questioni, *infra*, § 3, particolarmente nn. 47 e 49. Per il collegamento tra gli artt. 41² e 32¹ cost., in una prospettiva analoga a quella del testo, v. G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, pp. 524 ss.

In effetti, mentre la determinazione dell'utilità sociale – anche ai fini della pianificazione (art. 41³) e della funzionalizzazione della proprietà privata (art. 42²) – coinvolge una serie di interessi la cui mediazione, mutabile con il variare delle condizioni storiche e – in una certa misura – dei rapporti politici che si determinano nel paese, non può non essere compito del legislatore, gli interessi attinenti alla sicurezza, alla libertà e alla dignità dell'uomo sono protetti dalla Costituzione in maniera incondizionata, secondo una prospettiva che li assimila agli interessi attinenti ai classici diritti di libertà, come risulta, oltre che dalle norme in esame e dai principi fondamentali, in particolare anche dall'art. 36¹.

È difficile, d'altra parte, dubitare in via di principio della possibilità di riferire i beni di cui alla seconda parte del 2° comma dell'art. 41 a soggetti determinati o determinabili, non in astratto, ma con riferimento alla fattispecie concreta, cioè allo svolgimento dell'iniziativa economica secondo modalità che, di fatto, siano tali da «recare danno», appunto, alla sicurezza, alla dignità, alla libertà di determinati soggetti, o di determinati gruppi di soggetti⁴¹.

Nelle categorie richiamate dalla norma costituzionale rientrano indubbiamente sia situazioni di tipo individuale come i diritti civili di libertà, sia situazioni più complesse, nelle quali è dominante l'elemento collettivo, come «l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero», al quale fa riferimento l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, che ne prevede, com'è noto, la forma specifica di tutela, individuando negli «organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse» i soggetti titolari della situazione⁴².

Per le considerazioni in precedenza esposte, si può ritenere che nel dettato del 2° comma dell'art. 41 debba essere fatto rientrare anche il diritto alla salute, nel significato ampio che si è detto. Non c'è dubbio, infatti, che la lesione di esso può spingersi fino a configurare un attentato alla «sicurezza» e alla «dignità dell'uomo»; in particolare quest'ultimo concetto, al quale fanno riferimento altresì gli artt. 3¹ e 36¹ cost., sembra particolarmente significativo in questa materia⁴³.

⁴¹ V. *infra*, § 4.

⁴² Cfr., per l'aspetto che qui interessa, le osservazioni di U. ROMAGNOLI, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 1317 ss.; L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, *ivi*, pp. 421 ss.; T. TREU, *Attività antisindacali e interessi collettivi*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 586 ss.; A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1973, p. 64.

⁴³ Sulla *Würde des Menschen*, oggetto di specifica tutela nell'art. 1 del *Grundgesetz*, cfr. per tutti F.L. NEUMAN, H.C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrecht*, Berlin, 1954, II, pp. 1 ss.

Si è ricordato come la tutela dell'interesse collettivo alla salute all'interno dell'ambiente di lavoro sia oggetto di una specifica norma, posta dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori. Non esiste invece una norma specifica che preveda la tutela della salute come interesse collettivo al di fuori dell'ambiente di lavoro, anche se, come si è detto, esistono norme che disciplinano attività economiche per le conseguenze negative sulla salute che possono determinare «all'esterno del perimetro industriale», per usare le parole dell'art. 2 d. pres. 15 aprile 1971, n. 322 (regolamento di esecuzione della legge n. 615 del 1966).

Va peraltro subito osservato che, una volta accertata la presenza di una situazione collettiva attiva, il quesito circa l'azionabilità di tale situazione non può essere posto come elemento ulteriore ai fini della sua rilevanza, e quindi diverso rispetto all'attribuzione, se non altro per il principio posto dall'art. 24¹ cost., che impone l'individuazione degli strumenti giurisdizionali idonei ad assicurare la tutela della situazione protetta, eventualmente mediante l'applicazione analogica della normativa prevista per situazioni «simili»⁴⁴.

La tutela della salute è posta in effetti dall'art. 32¹ cost. in via diretta, indipendentemente dal luogo nel quale produce o può produrre i suoi effetti un comportamento lesivo; né l'art. 41² consente una discriminazione in tal senso.

Inoltre, i caratteri stessi che assume la protezione della salute, già a livello di legislazione di settore, sono tipicamente riferibili a gruppi o comunità di individui. In effetti, come si è detto in precedenza, la tutela della salute, nell'attuale situazione produttiva e sociale, è strettamente legata al modo d'essere delle condizioni ambientali, in relazione a specifiche entità territoriali, individuabili secondo parametri di tipicità normativi e sociali, ed è quindi riferibile ad una pluralità di soggetti unificata, secondo criteri oggettivi, dall'interesse comune al conseguimento dello stesso bene⁴⁵.

Dal complesso dei dati ora discussi sembra possibile giungere ad una prima conclusione: la tutela costituzionale della salute, per esplicitare tutta

⁴⁴ Cfr., nello stesso senso, LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., pp. 142 ss.; ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, cit., p. 75; COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit., p. 227; A. PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, pp. 315 ss.

⁴⁵ Cfr. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit., p. 231, per la formulazione corrispondente, sul piano processuale. L'unificazione dei soggetti opera, peraltro, in forma diverse rispetto alla contitolarità del diritto soggettivo: v. *infra*, §§ 4 e 5.

la sua potenzialità normativa⁴⁶, va riferita non solo al diritto soggettivo individuale, ma altresì alla salute come «bene collettivo», nel senso che sarà in seguito precisato. Per le ragioni già dette, inoltre, tale bene va immediatamente riferito al modo d'essere delle condizioni ambientali. L'interesse collettivo alla salute si traduce pertanto nell'interesse relativo alle modalità di esercizio delle situazioni soggettive a contenuto economico, che su quelle condizioni possano produrre conseguenze nocive.

A quest'ultimo aspetto sembra quindi opportuno rivolgere ora l'attenzione.

3. Si è detto che l'art. 41² Cost. prevede due fattispecie diverse, relative, la prima, al limite istituzionale all'iniziativa economica privata consistente nell'utilità sociale; la seconda, all'esigenza che essa non si svolga «in modo da recare danno alla sicurezza alla libertà, alla dignità umana». La differenza tra le due ipotesi, sintatticamente abbastanza precisa, non è forse stata tenuta presente in tutto il suo rilievo nel dibattito sulla portata della norma costituzionale e sulla sua diretta applicabilità⁴⁷. Sembra, come si è detto,

⁴⁶ È un criterio strettamente giuridico – connesso oltre tutto alle particolari caratteristiche della Costituzione italiana: cfr. C. MORTATI, *Costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 214 ss. – che impone di intendere e di interpretare la Costituzione «in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere ... di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati» (V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 11). Nello stesso senso, con riferimento al «principio della massima attuazione della Costituzione», S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964, p. 278.

⁴⁷ Non è il caso qui di riesaminare l'intero arco di posizioni. Quel che può dirsi è che, nonostante alcune indicazioni molto esplicite e argomentate (V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella costituzione italiana*, in *Il dir. del lav.*, 1954, II, pp. 77 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro. Introduzione*, Milano, 1955; C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 33 ss.), è prevalsa l'opinione secondo la quale l'art. 41² contiene una riserva di legge. Di recente si è poi assunta (F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, pp. 96 ss.; ID., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, pp. 145 ss.) una posizione nettamente contraria all'operatività diretta della norma costituzionale, considerandola il frutto di una concezione strumentale della libertà di iniziativa economica, vicina se non coincidente con quella del corporativismo fascista, e sostanzialmente mistificatoria. «L'utilità sociale ... opera *come limite* alla libertà di iniziativa economica ... Ma un limite che tocca una delle libertà fondamentali dell'individuo – qual è, nei sistemi capitalistici, la libertà di iniziativa economica – non può essere posto che dalla legge» (ID., *L'imprenditore*, cit., p. 98). A prescindere dalla collocazione, nel nostro sistema giuridico-costituzionale, dell'iniziativa economica privata

che la seconda formulazione sia rivolta, più che ad una specificazione della formula dell'utilità sociale, ad una individuazione di situazioni protette nei confronti dello svolgimento delle attività economiche, in via primaria ed assoluta, indipendentemente dalle valutazioni del legislatore ordinario.

Si vuol dire che, se la determinazione della utilità sociale, anche ai sensi degli artt. 41³, 42² e 43 cost., deve essere operata per legge, il divieto di «recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» è posto in via diretta dalla stessa norma costituzionale, come «limite interno» delle situazioni soggettive a contenuto economico.

Prima di svolgere alcune considerazioni sulla natura di questo limite, va detto che l'affermazione secondo la quale la determinazione dell'utilità sociale come elemento di conformazione delle situazioni soggettive a contenuto economico deve essere rimessa in linea di massima al legislatore ordinario si basa soprattutto su una valutazione complessiva del disegno costituzionale. Questo, com'è anche storicamente accertato⁴⁸, intende porre un programma di rinnovamento delle strutture economiche e sociali, il cui compiuto svolgimento viene però rimesso alla (futura) attività del parlamento. In questo senso, è forse possibile oggi una rilettura del dibattito sulla natura «preceettiva» o «programmatica» delle norme costituzionali⁴⁹,

nel novero delle libertà fondamentali (cfr. però ora F. GALGANO, *Problemi dell'impresa privata nella transizione al socialismo*, in *Dem. e dir.*, 1977, pp. 49 ss.) va detto che i rilievi di Galgano sembrano persuasivi, soprattutto perché la determinazione del contenuto dell'utilità sociale, in una considerazione sistematica della Costituzione, non può non spettare alla competenza del legislatore [cfr. in tal senso S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 377 s., che peraltro prevede anche un ambito forse eccessivamente ampio per il sindacato di legittimità costituzionale in materia]. Tuttavia, analoghe ragioni non sembrano sussistere quando sia in questione non la lesione dell'utilità sociale in quanto tale, cioè non ulteriormente determinata, ma la lesione dei beni specificamente indicati nella seconda parte del 2° comma dell'art. 41, ulteriormente precisabili mediante il riferimento ad altre disposizioni costituzionali (tra le quali, appunto, l'art. 32¹). È pertanto in questa direzione che sembra particolarmente proficua l'indicazione di lavoro di RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 100, in ordine all'art. 41². Sull'art. 41 nel suo significato complessivo cfr. ora A. BALDASSARRE, *Le trasformazioni dell'impresa di fronte alla Costituzione*, in *Dem. e dir.*, 1977, pp. 15 ss. Sui diversi aspetti dell'applicazione diretta dell'art. 41² cost. v. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 531 ss.

⁴⁸ Cfr. per tutti E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in S.J. WOOLF (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Bari, 1974, pp. 193 ss.

⁴⁹ Di quel dibattito i momenti oggi più significativi sembrano essere rappresentati da P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, pp. 243 ss.; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit.; e C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il dir. del lav.*, 1954, II, pp. 149 ss. Per una rassegna v. MUSACCHIA, *Brevi considerazioni sull'efficacia di alcune norme costituzionali*,

che riconsideri il carattere appunto di «programma» – di «rivoluzione promessa», per usare le parole di Calamandrei⁵⁰ – di una parte della disciplina costituzionale. Quanto ora detto non implica che disposizioni come la prima parte del 2° comma dell'art. 41, o il 2° comma dell'art. 42, siano prive di operatività immediata. Il limite della utilità sociale all'iniziativa economica o il principio della funzione sociale della proprietà privata non possono in effetti non assumere il ruolo di principi generali della materia, con le conseguenze applicative di cui, ad esempio, all'art. 12² delle preleggi⁵¹; non sembrano però tali da creare immediatamente situazioni soggettive azionabili a favore dei soggetti portatori dell'interesse sociale.

Ciò premesso, è opportuno ribadire che la legislazione di tutela dell'ambiente opera conformando o funzionalizzando le situazioni di godimento esclusivo dei beni, che possono essere riassunte nello schema paradigmatico del diritto di proprietà. Comunque si voglia ricostruire dommaticamente la situazione conseguente alla regolazione «di diritto pubblico» della proprietà⁵², è certo che l'attività svolta dal titolare in contrasto con tale regolazione è illegittima, e soggetta alle sanzioni amministrative o penali previste dalla legge⁵³. Se però è possibile desumere, come si è detto, dall'in-

in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 585 ss. La questione, nei suoi aspetti operativi più immediatamente rilevanti, relativi al rapporto tra la Costituzione e le leggi precedenti con essa contrastanti, fu risolta, com'è noto, dalla sent. n. 1 del 1956 della Corte costituzionale. Su che tipo di incomprendimento quel dibattito a tratti si basasse può comprendersi rileggendo alcuni passi, di intonazione, secondo l'autore, evidentemente, «volontariamente» umoristica: nella Costituzione la «salute viene, con involontario umorismo, definita un «diritto fondamentale» del cittadino. Diritto, forse, da far valere contro il bacillo di Koch o contro la spirocheta pallida? Ma non sembra che, fino ad ora, abbia allignato fra i cittadini italiani il costume di ricorrere, anziché al medico, al più vicino tribunale, allorché sia compromesso l'esercizio del loro diritto alla salute!» (M. BON VALSASSINA, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni costituzionali, con particolare riferimento all'abrogazione di leggi anteriori*, in *Giur. pad.*, 1949, IV, pp. 73 ss.). Per la prospettiva di cui nel testo utili spunti possono essere tratti da M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1697 ss.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, 1950, pp. XIC ss.

⁵¹ In tal senso RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, cit., p. 382; *contra*, N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 12; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pp. 254 ss.

⁵² Cfr. almeno RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., pp. 1252 ss.; *Id.*, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, cit., 355 ss.; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 319 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, pp. 213 ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 1 ss.

⁵³ Cfr. M. COSTANTINO, *Rapporti privati e tutela in tema di esercizio dello «ius aedificandi»*

interpretazione congiunta della disciplina legislativa posta a protezione della salute pubblica e delle norme costituzionali l'attribuzione di una tutela specifica a favore di soggetti o gruppi determinati o determinabili, l'attività suddetta integra altresì la lesione di un bene giuridico in senso stretto – la quale consiste in un'alterazione delle condizioni ambientali tale da recare pregiudizio alla salute nel significato ampio che assume nella Costituzione – e costituisce quindi un illecito civile in senso tecnico⁵⁴.

Questa affermazione va più ampiamente argomentata. Si è detto che il rispetto del diritto alla salute nello svolgimento dell'iniziativa economica è posto direttamente e immediatamente dalla seconda parte del 2° comma dell'art. 41 cost., che, sotto questo aspetto, pone un «limite interno» alla situazione soggettiva a contenuto economico.

Con questa espressione ci si riferisce alla mancata attribuzione al proprietario di determinati poteri operata dall'ordinamento in via generale, con riferimento ad interessi alieni che «non rilevano occasionalmente, o, per meglio dire, in relazione a singole situazioni di proprietà, ma in quanto sussumti ad elementi imprescindibili dell'intera struttura dell'ordinamento giuridico, incidono immediatamente sul contenuto del diritto in generale»⁵⁵.

L'autore dal quale è tratta questa formulazione, com'è noto, ha affermato la possibilità di desumere un limite di questo genere direttamente dal principio costituzionale della funzione sociale, nel senso che «la legittimità del comportamento del *dominus* si esaurisca al limite della antisocialità. Oltre il quale, si realizza la fattispecie di una particolare forma di illegittimità – quella dell'abuso del diritto – al pari di quanto avviene in materia di emulazione»⁵⁶.

e di sfruttamento delle risorse idriche, in Ecologia e disciplina del territorio, cit., p. 72, che parla, per i profili civilistici, di «esercizio di un potere di fatto», e non del diritto di proprietà.

⁵⁴ Cfr., per classiche indicazioni sulla nozione di illecito civile come lesione del bene giuridico, A. VON THUR, *Allgemeiner Teil*, I, Leipzig, 1910, p. 150; L. ENNECCERUS – H.C. NIPPERDEY, *Recht der Schuldverhältnisse*¹², Marburg, 1932, pp. 765 ss. Sul recupero, da parte della civilistica italiana recente, della distinzione tra illecito come lesione del bene giuridico altrui e come fonte dell'obbligo di risarcimento del danno v. *infra*, testo e nn. 84 e 85.

⁵⁵ U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*², I, 1976, p. 152. Sull'esigenza di specificare la nozione di «limite interno» con riferimento alle situazioni correlativamente tutelate v. *infra*, testo e n. 58.

⁵⁶ NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, cit., p. 191. È singolare rilevare precedenti all'impostazione di Natoli in tempi anche molto risalenti, e, naturalmente, senza il fondamento della disposizione costituzionale: v. E. DE LA VILLE, *Trattato sintetico delle servitù prediali nei loro rapporti con gli altri istituti giuridici*, I, Napoli, 1907, pp. 124 ss., soprattutto come curiosità; e E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*,

Se però non si spinge ad individuare specificamente il bene o i beni protetti direttamente dalla norma costituzionale, il discorso rischia di restare privo di concrete indicazioni operative, o almeno di limitarle alla disciplina di particolari ed eventuali rapporti giuridici, connessi all'utilizzazione del bene oggetto del diritto di proprietà. In tal modo, però, la funzione sociale sembra operare, appunto, più che sul contenuto o sulla struttura del diritto di proprietà, sull'atto costitutivo o al più sulla regolamentazione del rapporto; e presuppone comunque sempre l'esistenza di un rapporto di tipo contrattuale⁵⁷.

In effetti, per affermare l'operatività immediata della funzione sociale come limite delle situazioni di godimento dei beni economici, occorre individuare i beni direttamente tutelati dalle norme costituzionali: ed a tal fine non è sufficiente il riferimento alla nozione costituzionale di utilità sociale, perché, come si è detto, non tutti i beni o gli interessi che in tale nozione rientrano ricevono dalla Costituzione altresì una tutela diretta e immediata nei confronti degli atti di esercizio dell'iniziativa economica.

D'altra parte, se non si muove dall'individuazione dei beni costituzionalmente protetti in via assoluta, non è possibile neppure identificare i soggetti titolari della situazione che quei beni ha ad oggetto, e quindi legittimati a far valere l'antigiuridicità del comportamento lesivo⁵⁸.

Più in generale, è lo stesso riferimento alla categoria dell'abuso del diritto che, in questa materia, non appare convincente. Non si è infatti in presenza di una violazione del generale dovere di solidarietà⁵⁹, ma della lesione apportata ad un bene giuridico, in relazione al quale, come si è detto, la Costituzione pone una norma che lo protegge in via assoluta, e che

in *Riv. dir. priv.*, 1936, I, pp. 3 ss., che contiene invece spunti ancora oggi di grande interesse anche su questo tema specifico.

⁵⁷ Così, infatti, NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, cit., p. 193; e v. i rilievi critici di RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, loc. ult. cit.

⁵⁸ Su tale problema, in generale, cfr. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, cit., pp. 192 ss.; MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, cit., pp. 381 ss.; A. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., pp. 341 ss.; ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, cit., p. 82; V. DENTI, *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., pp. 15 ss.; G. VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 689 ss.; RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 95 ss.; COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit., pp. 233 ss.; PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 322 ss.; DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, cit., pp. 64 s. Il tema sarà espressamente affrontato *infra*, al § 4.

⁵⁹ Cfr. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, cit., p. 343.

si dirige al tempo stesso al soggetto che svolge l'iniziativa economica, vietando determinati comportamenti lesivi, e al soggetto o ai soggetti titolari del bene, ai quali è assicurata la tutela. Effettivamente, sotto questo aspetto, non sembrerebbe esservi diversità strutturale rispetto alla fattispecie degli atti emulativi⁶⁰. Ma, da un lato, appunto, anche in quest'ultima ipotesi sembra non esservi un atto abusivo di esercizio del diritto, ma un comportamento che non costituisce atto di esercizio del diritto⁶¹; dall'altro, l'art. 833 c.c., a ben vedere, non pone una norma realmente nuova ed ulteriore rispetto a quella che attribuisce il bene al proprietario come oggetto di un diritto patrimoniale di godimento⁶².

Nell'ipotesi di comportamento lesivo dell'interesse collettivo alla salute, come in quella di atto emulativo, si è in presenza di un'attività che è esplicitamente esclusa dal contenuto del diritto soggettivo, come risulta chiaramente e direttamente dall'art. 41²; inoltre, la previsione costituzionale introduce in via generale un elemento di conformazione della situazione soggettiva di godimento, che come tale è nuovo ed ulteriore rispetto all'attribuzione della situazione stessa⁶³.

Si può dire, quindi, che un comportamento di questo tipo, essendo posto in violazione di una norma che tutela direttamente un interesse proprio di soggetti privati (e quindi un bene giuridico in senso stretto), costituisce una fattispecie di illecito civile, e, in quanto tale, consente al titolare del bene leso di agire per ottenere che l'atto vietato venga concretamente

⁶⁰ Così NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, cit., p. 191.

⁶¹ Secondo la classica pagina di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, p. 77.

⁶² L'art. 833 si risolve infatti nel porre la «economicità» come criterio di legittimità dell'atto del proprietario, e non pone quindi una questione di «abuso» del diritto: così, chiaramente, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 231 s. Sostanzialmente nello stesso senso v. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 161 ss.; e U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, pp. 23 ss.

⁶³ In altri termini, se il requisito dell'«interesse» rappresenta un elemento intrinseco della stessa attribuzione della situazione oggettiva (v. n. precedente; *adde* PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., p. 58 ss.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pp. 43 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, pp. 59 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 76; cfr. peraltro NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pp. 71 ss.), il riferimento all'utilità o funzione sociale incide invece in via generale sulle modalità stesse dell'attribuzione [così RODOTÁ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, cit., p. 379; e cfr., in generale, PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 169 s.].

impedito⁶⁴, oltre che per il risarcimento del danno, qualora ne ricorrano gli ulteriori presupposti⁶⁵.

4. Il bene che costituisce l'oggetto dell'interesse collettivo alla salute è rappresentato, come si è accennato, dalle condizioni complessive di salubrità proprie di un determinato ambiente: non quindi l'integrità fisica del singolo individuo, né un generico e indifferenziato «diritto all'ambiente»; ma il concreto modo di essere di una specifica realtà spaziale, riferibile in quanto tale a un territorio determinato secondo parametri di tipicità sociale. La lesione di tale bene giuridico consiste quindi, in prima approssimazione, in un'alterazione delle condizioni ambientali – derivante tipicamente dallo svolgimento di un'attività economica – tale da incidere sulla «sicurezza, libertà e dignità» di coloro che in quella entità territoriale si trovano a vivere e ad operare.

Così impostata la ricostruzione dell'interesse collettivo alla salute, è possibile affrontare il nodo estremamente complesso rappresentato dall'individuazione del soggetto «legittimato» a farne valere in giudizio la lesione; *rectius*: del soggetto titolare della situazione.

La precisazione s'impone perché i rimedi giuridici civili non sono concessi a tutti coloro che subiscono danno in conseguenza di un atto illecito, bensì solo ai titolari di quegli interessi che costituiscono oggetto della tutela offerta dalla norma violata⁶⁶.

Se il bene protetto ha le caratteristiche che si sono dette, la titolarità della situazione di vantaggio su esso⁶⁷ appartiene, in linea di massima, alla

⁶⁴ P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90. Sull'inibitoria v. *infra*, testo e n. 85.

⁶⁵ Sul punto v. *infra*, in fine al § 4.

⁶⁶ TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, cit., p. 103. Per la coincidenza del problema dell'individuazione del soggetto legittimato ad agire con quello dell'identificazione dell'interesse collettivo meritevole di tutela v. RODOTÁ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 95 s. Sul problema in generale v. *supra*, n. 58.

⁶⁷ È certamente da condividersi il rilievo di DENTI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 15, per il quale è un errore porre, per gli interessi collettivi, il problema dell'azionabilità della situazione nei termini tradizionali della legittimazione ad agire. Tale concetto, infatti, «è strettamente legato ad una determinata concezione dell'azione, la quale a sua volta si modella sulla tutela dei diritti soggettivi di origine codicistica». Tuttavia, come osserva ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, cit., p. 75, «in assenza di indicazioni normative, una scelta dei soggetti "legittimati" a far valere le lesioni di interessi "diffusi" fondata sulla discrezionalità del giudice può

pluralità dei soggetti interessati alla sua tutela, in quanto tale, cioè non come somma di individui, ma come collettività unificata dal comune riferimento ad una stessa entità territoriale, specificata, come si è detto, secondo parametri di tipicità sociale, tra i quali assume certamente un ruolo determinante, anche se non esclusivo, la qualificazione operata dalla pianificazione territoriale.

Certamente, quanto detto può apparire in contrasto con l'assenza di una qualificazione normativa del portatore dell'interesse, come ente esponenziale della collettività particolare⁶⁸. E tuttavia non sembra possibile sottrarsi al rilievo di chi sottolinea l'esigenza di addurre «criteri ordinanti nuovi», capaci di organizzare il materiale normativo risultante dai principi costituzionali e della legislazione di settore e di esprimere quindi gli interessi effettivamente (giuridicamente) implicati nelle diverse situazioni, anche superando i limiti posti da «una concettualità costruita ad immagine di un mondo diverso e che, di conseguenza, non solo appare inadeguata a cogliere esigenze da quello profondamente diverse, ma comincia a rivelarsi contraddittoria pure con il materiale normativo effettivamente disponibile»⁶⁹.

La crisi della categoria del soggetto di diritto⁷⁰, tradizionalmente imperniata sulla capacità giuridica patrimoniale, si presenta, in questo quadro, come un aspetto della più generale crisi delle forme di organizzazione del diritto civile moderno, di fronte ad una realtà, costituzionale, sociale e normativa, che impone la revisione dei classici schemi concettuali e operativi.

In questa prospettiva, l'assenza di una norma specifica che attribuisca a un ente determinato la legittimazione ad agire a tutela di una situazione

essere un'operazione estremamente delicata, di cui è opportuno razionalizzazione i presupposti». Sembra che, nella prospettiva civilistica, tale razionalizzazione richieda «una revisione della teoria delle situazioni soggettive che ... individui nel loro insieme le dimensioni all'interno delle quali possono essere collocati gli interessi collettivi» (RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 97). Tale revisione non può non coinvolgere le nozioni di soggetto (v. *infra*, testo e n. 70, per un accenno in tal senso) e di oggetto (v. *infra*, § 5) delle situazioni stesse.

⁶⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., pp. 41 s.

⁶⁹ RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 87 ss.

⁷⁰ Per alcuni aspetti della quale cfr. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*², in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pp. 22 ss., pp. 104 ss.; e A. DI MAJO, *Il diritto soggettivo nell'ideologia dello Stato sociale*, in *Ann. bibl. filos. dir.*, III, 1967, pp. 263 ss. Tuttavia, solo ricostruendo intorno ad un soggetto la titolarità della forma di tutela è possibile completare il necessario processo di formalizzazione della categoria di «interesse collettivo», eventualmente introducendo all'interno di essa una specificazione per tipi diversi.

collettiva di vantaggio non può rappresentare un argomento per negare la possibilità della tutela, o per restringerla esclusivamente ai singoli individui, eventualmente ricostituendo in sede processuale il carattere collettivo del conflitto⁷¹.

Evidentemente, vi è un diritto soggettivo alla salute del quale è titolare l'individuo in quanto tale; per quanto riguarda in particolare la salute in relazione all'ambiente, questi potrà agire per far valere il suo diritto utilizzando altri strumenti, di tipo individualistico, come quelli di cui agli artt. 844 e 2043 ss. c.c.⁷².

Tali strumenti possono anche, in una certa misura, essere reinterpretati e ricostruiti in una chiave più aderente ai principi costituzionali; difficilmente, però, potranno essere utilizzati in una prospettiva radicalmente innovativa, cioè come tecniche di controllo dell'utilizzazione privatistica di beni collettivi⁷³.

Questo risultato sembra invece prospettabile, pur nei limiti ai quali si accennerà in seguito, quando la dimensione collettiva del conflitto emerge già a livello di struttura delle situazioni collidenti: che saranno, da un lato, la proprietà dei beni produttivi, alla quale è istituzionalmente connesso l'interesse sociale all'incremento della produzione e dell'occupazione, e, dall'altro, l'interesse non dei singoli individui, ma di una collettività determinata, alla conservazione di un «salutare» assetto ambientale⁷⁴.

L'identificazione in concreto del soggetto titolare di un interesse di questo tipo non può non avvenire sul piano dell'effettiva aggregazione sociale che intorno ad esso si realizza; al tempo stesso, però, tale aggregazione deve essere qualificata secondo criteri ordinanti normativi, in quanto desumibili dalla legislazione di settore e dal complesso dell'ordinamento giuridico, e quindi non può limitarsi alla rilevazione empirica dell'esistenza di associa-

⁷¹ Per questa prospettiva cfr. ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, cit., pp. 50 ss.; PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 320 ss.

⁷² Cfr. ancora ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, cit., pp. 46 ss.; più ampie considerazioni in argomento si sono svolte in C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, in *Giur. it.*, 1973, I, cc. 798 ss.; ID., *Legittimità e «razionalità» dell'art. 844 cod. civ.*, *ivi*, 1975, I, cc. 589 ss. Per l'art. 844 cfr., in questo volume, A. D'ANGELO. Nel senso indicato nel testo v. Cass., sez. un., 9 aprile 1973, n. 999, cit.

⁷³ In tal senso RODOTÁ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 99 e 101; più ampio svolgimento in SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, loc. cit.

⁷⁴ In questa prospettiva sembra possibile risolvere il problema posto da ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, cit., p. 51, quando osserva che «onde imprimere sostanza di credibilità al conflitto tra industria e salute pubblica, sarebbe necessario accrescere il peso di coloro, la cui salute individuale è offesa dalle immissioni da inquinamento».

zioni con fini «sociali», o di gruppi spontanei e occasionali di cittadini⁷⁵.

I criteri di aggregazione sociale normativamente desumibili e riferibili alla situazione collettiva descritta sembrano essere di due tipi. In primo luogo viene in questione la nozione di «insediamento abitativo», desumibile dalla legislazione urbanistica⁷⁶, che consente di instaurare un rapporto tra l'insieme dei soggetti che di esso fruiscono e le condizioni ambientali del corrispondente territorio. Appunto lo «stabile collegamento»⁷⁷ che si viene così a creare tra una determinata pluralità di soggetti e un determinato ambiente consente di riconoscere all'associazione che unisce tali soggetti la qualifica di titolare dell'interesse collettivo alla salute, e la relativa legittimazione, che invece non potrebbe essere riconosciuta ad un'associazione costituita da «persone animate da ragioni puramente altruistiche»⁷⁸.

⁷⁵ Sul punto cfr. RODOTÁ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 93 ss.

⁷⁶ In relazione all'interpretazione datane, com'è noto, dal Consiglio di Stato. Come osserva DENTI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 14, «la tanto criticata decisione del Consiglio di Stato sull'art. 10 della legge-ponte può forse presentarsi sotto una diversa luce, se si apprezza il tentativo di identificare, con l'ambiguo concetto di insediamento abitativo, i destinatari della disciplina urbanistica che viene in discussione nell'impugnazione della licenza edilizia». In effetti, identificandosi l'interesse ad agire sulla base dell'insediamento abitativo come «radicazione *in loco* degli interessi di vita del soggetto identificabili nella residenza o domicilio, nonché nella proprietà o possesso di un immobile, per lo stabile collegamento che ciò produce tra gli interessi del proprietario o possessore ed un *determinato ambiente urbanistico*» (c.vo ns.), come si esprime il Consiglio di Stato (sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, p. 644), si introduce altresì un elemento di notevole rilievo ai fini dell'individuazione della nozione di interesse collettivo alla salute, nei termini qui proposti.

⁷⁷ Cfr. COSTANTINO, *Rapporti privati e tutela in tema di esercizio dello «ius aedificandi» e di sfruttamento delle risorse idriche*, cit., pp. 85 ss., per l'utilizzazione di tale nozione giurisprudenziale.

⁷⁸ Come si esprime G. VINEY annotando Cass. civ. 1^{re} 27 mai 1975, in *Recueil D. S., Jur.*, 1976, p. 318 ss. (la sentenza, di notevole interesse, è pubblicata anche in *Foro it.*, 1977, IV, p. 45 ss.). Come osserva ancora Viney, alla base della cit. sent. è la distinzione tra due categorie di interessi collettivi, prevedendosi la legittimazione delle associazioni *de défense* per la tutela degli interessi comuni a tutti i suoi membri (ed anche per la lesione di tali interessi precedente alla stessa costituzione dell'associazione), in quanto vittime di determinati fenomeni fisici o sociali; non per la tutela di interessi collettivi più generali. Sembra questa in effetti la via da seguire, piuttosto che quella, interna alla logica della ricerca del criterio di «legittimazione» (piuttosto che della titolarità della situazione protetta), volta ad individuare il soggetto legittimato sulla base della «finalità, che il gruppo o l'associazione si prefigge, di rappresentare gli interessi di natura collettiva alla preservazione dell'ambiente da inquinamenti» (così VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, cit., p. 673). Si tratta, in altri termini, di sostituire all'elemento teleologico quello obiettivo della riferibilità (da valutarsi, evidentemente, ad opera del giudice) dell'interesse (cioè della situazione protetta) al soggetto (collettivo) che ha in concreto promosso l'azione, secondo parametri obiettivi, di ordine sociale-normativo.

In secondo luogo, la titolarità della situazione sembra dover essere riconosciuta agli organismi che istituzionalmente operano nella dimensione territoriale con la finalità specifica di aggregare tutti gli interessi propri della collettività presente in quell'ambito spaziale: consigli di fabbrica, consigli di zona, comitati di quartiere. Tali organismi, in quanto «formazioni sociali» (art. 2 Cost.) nelle quali effettivamente ed in concreto si svolge la personalità dei soggetti di una determinata realtà ambientale, «ben possono essere considerati portatori generali di tutti gli interessi collettivi riferibili appunto a [quel] territorio»⁷⁹.

È bene a questo punto indicare il contenuto della situazione collettiva di cui si è detto, e le corrispondenti forme di tutela. In linea generale, si può dire che tale contenuto consiste nel potere di controllare l'utilizzazione dei beni ambientali compiuta da chi esercita una situazione a contenuto economico. Sotto il profilo del diritto amministrativo, tale potere di controllo si può esprimere nella partecipazione al procedimento che determina le modalità di godimento dei beni economici, e quindi alla funzionalizzazione delle relative situazioni di proprietà e di impresa; nonché nell'impugnazione dei provvedimenti adottati in violazione delle norme legali che disciplinano la materia⁸⁰.

Sotto il profilo civilistico, che qui interessa, il contenuto della situazione è tipicamente rappresentato dal potere di ottenere la cessazione dei comportamenti che, alterando le condizioni ambientali, siano tali da ledere l'interesse collettivo alla salute.

⁷⁹ RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 97. Con ordinanza del 18 marzo 1977 il Pretore di Roma ha ammesso la costituzione di parte civile del Comitato di quartiere Aurelio-Trionfale in un processo penale a tutela di beni collettivi e culturali (cfr. *Pol. dir.*, 1977, pp. 21 ss.): «sulla base della coincidenza dei fini e della partecipazione collettiva può riconoscersi al Comitato in questione una rappresentanza di fatto della cittadinanza del quartiere Aurelio ed una legittimazione ad agire ... per la tutela dei diritti collettivi».

Per la nozione di «formazione sociale» in questa materia v. M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 362 ss.; e, per la prospettiva generale, P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

⁸⁰ Per il rilievo, sotto questo profilo, della nozione di funzione sociale della proprietà v. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, cit., p. 383; e COSTANTINO, *Rapporti privati e tutela in tema di esercizio dello «ius aedificandi» e di sfruttamento delle risorse idriche*, cit., p. 69.

Sotto il profilo amministrativistico, cfr. L. ZANUTTIGH, *«Italia nostra» di fronte al Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1973, III, cc. 34 ss.; DENTI, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 7 ss.; GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, cit., pp. 23 ss.; F.G. COCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., pp. 43 ss.; G. MIELE, *Tutela dell'ambiente e giurisdizione amministrativa*, in *Ecologia e disciplina del territorio*, cit., pp. 141 ss.

Tale potere sussiste, naturalmente, in quanto tali comportamenti siano costitutivi di una fattispecie di illecito civile, determinino cioè la lesione di un bene giuridico in senso stretto⁸¹. Non è sufficiente, quindi, la mera violazione di una norma giuridica posta a tutela dell'ambiente o della salute pubblica; occorre, invece, che il comportamento determini la lesione del bene giuridico di cui all'art. 32¹, e alla seconda parte dell'art. 41² cost.; sia tale, cioè, da creare una alterazione delle condizioni ambientali che risulti dannosa o pericolosa per la salute – intesa non solo come integrità fisica, ma come sicurezza, libertà e dignità – della collettività che in quell'ambiente si trova ad operare.

La individuazione in concreto della sussistenza di tale lesione apre indubbiamente una serie di problemi, ai quali è qui possibile solo accennare. Certamente, nel quadro di un sistema caratterizzato dalla atipicità degli atti illeciti⁸², gli ampi poteri di valutazione rimessi alla giurisdizione civile comportano delicate questioni, che comunque non sono esclusive di questa materia (v. *infra*, § 5). Comunque, la comparazione tra le esigenze della produzione e un interesse collettivo che non risulti dalla mera sommatoria di interessi individualistici consente al giudice di operare sulla base di un quadro di riferimenti, anche normativi, più ampio, e quindi più adeguato ad una valutazione in concreto effettivamente rispondente ai principi costituzionali, di quanto non sembra possibile, ad es., sulla base dell'art. 844² c.c. È opportuno ancor osservare che la mera violazione della normativa di conformazione ai fini di tutela ecologica delle situazioni a contenuto economico non è irrilevante ai fini civilistici, ma solo, sembra, come elemento ai fini dell'imputazione della fattispecie di responsabilità civile⁸³.

D'altra parte, come si è detto, la forma di tutela tipica dell'interesse collettivo alla salute è rappresentata dal potere di ottenere la cessazione del comportamento lesivo, e non dal risarcimento del danno. Essa si fonda, in effetti, su un principio generale proprio della materia dell'illecito civile, e non sulla disciplina della responsabilità civile. Come è noto, le più recenti formulazioni della teoria dell'illecito civile hanno posto l'accento sulla distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità, consentendo così di svincolare la qualificazione di antigiuridicità civile

⁸¹ Cfr. *supra*, § 3.

⁸² Cfr. ampiamente TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, cit., pp. 98 ss.

⁸³ Cfr. la discussione in proposito di ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, cit., pp. 48 ss. La equiparazione dell'inosservanza di disposizioni pubblicistiche da parte dell'industria all'elemento soggettivo della responsabilità civile è affermata, *per incidens*, da Cass., sez. un., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro it.*, 1976, I, p. 385; nello stesso senso cfr. anche VINEY, *op. loc. cit.*

dalla presenza di un danno patrimoniale o comunque risarcibile⁸⁴. Il potere di ottenere la cessazione del fatto lesivo perdurante si pone così su un piano diverso rispetto al diritto al risarcimento del danno, nel senso che diversi sono i criteri per l'attribuzione dell'uno o dell'altro.

L'inibitoria costituisce, in questo quadro, un rimedio generale nei confronti di illeciti perduranti nel tempo, cioè di tipo iterativo o continuativo⁸⁵, e non presuppone né l'esistenza di un danno in senso giuridico né l'imputazione dell'atto all'autore a titolo di colpa, essendo sufficiente la mera esistenza di una situazione obiettiva in contrasto con i diritti spettanti

⁸⁴ Cfr. per tutti SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 164 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 50 ss.

⁸⁵ In tal senso, chiaramente, TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, cit., p. 107; e ampia trattazione in A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, pp. 441 ss. È invece contrario alla configurabilità dell'inibitoria come rimedio generale SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., p. 169, sulla base del generale principio di libertà che è a fondamento del diritto civile. Si può osservare, in linea di massima, che la questione dell'esistenza o meno in capo a un soggetto del potere di ottenere la cessazione dell'attività lesiva di un bene giuridico sia consequenziale alla questione relativa all'attribuzione o meno di tale bene a quel soggetto come proprio. Si vuol dire che è dalla normativa che regola l'attribuzione del bene che va desunta la forma dell'attribuzione stessa [cfr. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 174 s.], e quindi l'esistenza o meno, in capo al soggetto destinatario dell'attribuzione, del potere di inibire comportamenti lesivi, indipendentemente dall'esistenza di una norma che specificamente preveda tale potere. Del resto, com'è noto, il Codice civile del 1865 non conteneva l'esplicita previsione di un'azione negatoria a tutela della proprietà del tipo di quella di cui all'art. 949² c.c.; eppure non si dubitava certo per questo dell'esistenza del potere del proprietario di ottenere la cessazione di turbative o molestie, proprio perché tale potere risulta dalla norma di attribuzione del diritto di proprietà. Sulla questione, in generale, cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., pp. 707 ss. D'altra parte, l'inibitoria è diretta a vietare la lesione del bene giuridico, non l'attività lesiva in sé e per sé. Ciò vuol dire che il provvedimento del giudice può ottenere il risultato funzionale predetto anche con un contenuto diverso dal mero divieto di (continuare a) svolgere l'attività lesiva; ad es., nella materia che ci interessa, prescrivendo modalità tecniche idonee ad evitare che il proseguimento dell'attività produca effetti lesivi (come l'adozione di impianti antinquinanti o di altre cautele). Cfr. sul punto FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 540. L'inibitoria appare quindi come lo strumento centrale mediante il quale rendere possibile un controllo sociale delle attività produttive (e non solo di singoli atti giuridici) nelle forme del diritto civile. Sul punto cfr. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, cit., pp. 466 ss. Quanto ai rilievi in ordine alle difficoltà di esecuzione dei provvedimenti inibitori (per i quali cfr. A. TABET, *L'ordine di cessazione in «negatoria» e «confessoria»*, in *Studi in onore di Corsetti*, Milano, 1965, pp. 719 ss., che giunge a desumerne l'inammissibilità in via generale nel nostro ordinamento dell'inibitoria finale), cfr. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., pp. 469 ss. e 542 ss.; PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 330 s.; G. BORRÈ, *Attuazione delle sentenze civili nel quadro degli artt. 612 e 614 c.p.c.*, in *Ecologia e disciplina del territorio*, cit., pp. 273 ss.

a un soggetto⁸⁶. Inoltre non sembra applicabile a tale rimedio la disposizione dell'art. 2058² c.c., che subordina la reintegrazione in forma specifica alla non eccessiva onerosità per il debitore. Tale disposizione, infatti, si riferisce alla forma (specifica o per equivalente) del risarcimento del danno in relazione ad una attività antigiuridica che non viene in questione in quanto tale, ma solo per le sue conseguenze, eventualmente perduranti nel tempo anche dopo la cessazione del fatto lesivo; non si riferisce invece al fatto illecito in sé, del quale, se di carattere permanente, il soggetto titolare del bene leso ha diritto di ottenere la cessazione⁸⁷.

Quanto al risarcimento del danno, per diverse ragioni il sistema della responsabilità civile non appare idoneo a fungere da strumento di tutela degli interessi collettivi. Da un lato, esso va sempre più perdendo la funzione di prevenzione e repressione dell'illecito; dall'altro, non consente il conseguimento del bene tutelato, ma solo la reintegrazione delle perdite patrimoniali⁸⁸. È proprio questo ultimo profilo, di ordine strutturale, che assume rilievo decisivo in ordine alla situazione qui esaminata. Oltre tutto è difficile affermare l'esistenza di un «danno», anche morale, riferibile alla collettività particolare in quanto tale e non a ciascuno dei suoi componenti.

Tuttavia, non è da escludere la possibilità, in una prospettiva diversa da quella qui esaminata, che l'esercizio dell'azione di responsabilità civile per lesione del diritto alla salute conseguente all'alterazione delle condizioni ambientali assuma rilievo collettivo, da un lato mediante tecniche processuali dirette all'unificazione delle azioni promosse dai singoli soggetti⁸⁹, dall'altro attraverso una revisione dei criteri di definizione del danno morale e di liquidazione del danno alla persona⁹⁰.

⁸⁶ Cfr. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., pp. 440 e 476.

⁸⁷ Più ampiamente in SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, cit., pp. 811 e n. 37; nello stesso senso FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., pp. 499 ss. Va detto, piuttosto, che l'art. 2058² sembra espressivo di un principio più generale, che impone al giudice di scegliere, fra i possibili rimedi tutti egualmente idonei a conseguire la cessazione del fatto lesivo, quello meno oneroso per il debitore. Un accenno in tal senso in FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 540.

⁸⁸ Cfr. per tutti le osservazioni in tal senso di COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit., pp. 228 ss.

⁸⁹ Cfr. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit., pp. 223 ss.; PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 311 ss.; ANDRIOLI, *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, cit., pp. 52 e n. 9.

⁹⁰ In tal senso RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 101. Cfr., anche per altre indicazioni, M. BESSONE, G. ALPA, *Disciplina dell'illecito e responsabilità per «danni economici»*, in *Pol.*

5. Conclusivamente, si può dire che alle associazioni che riuniscono i soggetti effettivamente interessati alla conservazione delle condizioni di salubrità di un determinato ambiente, nonché agli organismi collettivi che istituzionalmente operano nella dimensione territoriale, dovrebbe esser riconosciuto, sulla base dei dati normativi che si sono discussi, il potere di ottenere la cessazione dei comportamenti che alterano quelle condizioni di salubrità, al punto da danneggiare o mettere in pericolo la sicurezza, la libertà e la dignità di coloro che in quell'ambiente si trovano stabilmente ad operare.

Non solo inoltre non è da escludere, ma è auspicabile che la legislazione ordinaria, in attuazione del principio costituzionale della funzione sociale della proprietà, estenda un potere del genere anche ad ipotesi normative diverse, attinenti alla tutela collettiva di interessi sociali rilevanti ai sensi della Costituzione, anche se da questa non immediatamente e direttamente protetti, secondo quanto si è già avuto modo di dire.

Le conclusioni raggiunte non sembrano traumatiche ed estranee alla struttura attuale dell'ordinamento giuridico, sostanziale e processuale. Del resto, in due occasioni le sezioni riunite della Cassazione hanno recentemente affermato la possibilità di far valere in un giudizio civile la salute come diritto soggettivo tutelabile in via assoluta, indipendentemente dalla preesistenza di un rapporto giuridico tra le parti, nei confronti dello svolgimento di attività industriali operato secondo modalità tali da danneggiare o porre in pericolo la salute degli attori⁹¹. È bene aggiungere che, in entrambe le fattispecie, la domanda era volta ad ottenere la cessazione dell'attività lesiva, e non il risarcimento dei danni. Se quanto in precedenza rilevato non è inesatto, un potere analogo deve essere riconosciuto anche a tutela

dir., 1972, pp. 739 ss.; BESSONE, ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute»*, cit., pp. 53 ss.; ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, cit., pp. 73 s. Proprio muovendo dal rilievo dell'inidoneità del sistema attuale della responsabilità civile ad assicurare una tutela adeguata nei confronti dei «danni alla salute» è stata recentemente sollevata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c. per contrasto con gli artt. 3, 24 e 32 cost. (Ord. trib. Camerino 12 novembre 1976, in «Gazz. uff.» n. 120 del 4 maggio 1977; vedine la massima in *Foro it.*, 1977, I, c. 132). Da segnalare, inoltre, in materia la decisione del Pretore di Sampierdarena, 13 febbraio 1974 (in *Foro it.*, 1974, II, cc. 419 ss.), per l'attribuzione del diritto al risarcimento dei danni, «anche indipendentemente da una natura immediatamente patrimoniale» di essi, agli abitanti di un quartiere lottizzato abusivamente, costituitisi parte civile nel procedimento conclusosi con la condanna degli autori del reato, per la «violazione dei diritti della persona» riconosciuti dagli artt. 9, 31, 32 e 34 cost.

⁹¹ Cass., sez. un., 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1973, I, p. 843; Cass., sez. un., 6 ottobre 1975, n. 3164, in *Foro it.*, 1976, I, p. 385.

della salute come bene collettivo nella configurazione che si è proposta.

Non si vuole tuttavia negare che le prospettive di tutela civile degli interessi collettivi implicano una serie di problemi, di politica del diritto e di dommatica giuridica, tutt'altro che trascurabile. Non è quindi inopportuno svolgere alcune argomentazioni su entrambi gli aspetti, che sono peraltro strettamente legati.

Sotto il profilo di politica del diritto, le obiezioni più rilevanti sembrano essere quelle della contraddittorietà tra il carattere collettivo dell'interesse e il carattere atomizzato dell'azione civile, nonché dell'inidoneità del giudice civile a decidere conflitti che coinvolgono interessi superindividuali e a tener conto di tutti gli aspetti sociali, politici ed economici, ad essi relativi⁹².

Senza negare la portata di tali obiezioni – che coinvolgono la generale inadeguatezza del sistema di tutela giurisdizionale di cui al vigente Codice di procedura civile di fronte alle nuove situazioni di vantaggio, individuali e collettive, previste dalla Costituzione⁹³ – si può osservare subito che esse implicano l'esigenza di una strategia di attuazione costituzionale condotta secondo direttrici adeguate. Così, nel campo degli interessi collettivi, la identificazione di essi, non come somma di interessi individuali, ma come beni giuridici autonomi, caratterizzati da un peculiare identità, consente di non limitare la prospettiva di tutela ad un ampliamento della sfera della personalità dell'individuo⁹⁴, portando invece il carattere collettivo del conflitto già al livello della struttura della situazione tutelata. D'altra parte, la tutela civile degli interessi collettivi, per porsi come effettivo strumento di controllo collettivo sull'uso dell'ambiente e dei beni economici, postula l'inserimento nel quadro più complessivo della pianificazione del territorio e dei processi produttivi⁹⁵.

Rifiutando così modelli stranieri, inidonei al tipo italiano di sviluppo sociale e produttivo⁹⁶, si può pensare alla tutela civile degli interessi col-

⁹² Cfr. per tutti ZANUTTIGH, *La tutela degli interessi collettivi (a proposito di un recente convegno)*, cit., pp. 71 ss.; RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 93 ss.

⁹³ PROTO PISANI, *Studi di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 283 ss.; V. DENTI, *Il nuovo processo del lavoro: significato di una riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 375 ss.

⁹⁴ Cfr. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 99.

⁹⁵ RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 102.

⁹⁶ Come quelli che si esprimono nella tecnica della *class action*, per la quale cfr. per tutti i rilievi critici di PARDOLESI, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, cit., pp. 254 ss. Sul tema v. anche MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, cit., pp. 369 ss.; M. VILLONE, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit. pp. 71 ss.; G. ALPA, M.

lettivi come ad uno degli strumenti congrui ad una strategia istituzionale basata su un'ipotesi di «governo democratico dell'economia»⁹⁷, ed estranea, quindi, sia alla riconduzione dei conflitti collettivi in un quadro individualistico, sia alla loro definitiva riduzione in una pianificazione verticistica.

Si tratta di una strategia istituzionale che appare la più congrua al complessivo disegno costituzionale, e che richiede evidentemente una serie di revisioni teoriche e di riforme normative, tra le quali rientra un ripensamento in termini di partecipazione delle strutture organizzative della giustizia, che consenta allo stesso giudice civile una prospettiva più funzionale alle esigenze di tutela degli interessi collettivi⁹⁸.

È evidente, comunque, che il più consistente limite di operatività e di efficacia della tutela civile degli interessi collettivi risiede nell'assenza di un quadro complessivo e incisivo di pianificazione dell'uso del territorio e

BESSONE, A. GAMBARO, *Aspetti privatistici della tutela dell'ambiente: l'esperienza americana e francese*, *ivi*, pp. 295 ss.; L. ZANUTTIGH, *Processo e tutela dell'ambiente nella esperienza nordamericana*, *ivi*, pp. 389 ss. Nell'esperienza delle *class actions*, in effetti, si esprime una tendenza tutta esteriore ad una unificazione, necessariamente limitata al momento rituale del processo, di una serie di interessi e situazioni atomizzate e disperse, tipiche di una società priva di momenti di aggregazione e decisioni collettive. Nel recente Codice civile della Repubblica democratica tedesca sono previste alcune norme che concorrono ad individuare uno statuto del cittadino relativo al godimento di una serie di servizi e beni collettivi, particolarmente per gli interessi relativi alla tutela della salute, al godimento del tempo libero, alla protezione dell'ambiente (cfr. §§ 312, 315, 329, 338. Cfr. E. ROPPO, *Una esperienza di codificazione nella R.D.T.: il nuovo «Zivilgesetzbuch»*, in *Dem. e dir.*, 1976, pp. 575 ss.; *Grundfragen des sozialistischen Zivilrechts*, a cura di J. Göhring, Berlin, 1977, pp. 12 ss.). Per questo tipo di esperienza, d'altra parte, il problema sembra quello di innestare la tutela degli interessi così individuati nei processi di formazione delle decisioni di piano.

⁹⁷ Cfr. i contributi raccolti in G. MAZZOCCHI ED ALTRI, *Il governo democratico dell'economia*, Bari, 1976; e nei nn. 1 e 2 del 1977 di *Democrazia e diritto*.

⁹⁸ Cfr. P. INGRAO, *Per una socializzazione dei problemi della giustizia*, in *Dem. e dir.*, 1976, pp. 725 ss.; PETRELLA, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, *ivi*, pp. 617 ss.; G. COTTURRI, *Controllo e partecipazione democratica nella giustizia*, *ivi*, pp. 627 ss.; e G. GHEZZI, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pp. 95 ss. Per il collegamento tra tutela degli interessi collettivi e partecipazione popolare v. soprattutto le pagine di DENTI, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 3 ss. Per le ragioni e nella prospettiva di cui nel testo, non convince l'insistita contrapposizione tra intervento giudiziale e gestione democratica dell'ambiente di G. GEMMA, *La legislazione a tutela delle acque dagli inquinamenti tra repressione e consenso*, in *Pol. dir.*, 1977, pp. 67 ss. Non si tratta cioè di sublimare un ruolo di «supplenza» del giudice rispetto all'attività politico-amministrativa, quanto di reinserire l'attività giudiziaria in una prospettiva di partecipazione democratica alle scelte della programmazione e al controllo del processo produttivo.

delle attività produttive, all'interno del quale gli stessi strumenti civilistici sembrano poter assumere un rilievo peculiare.

Un secondo ordine di problemi riguarda, come si è detto, l'esigenza di una revisione teorica delle categorie tradizionali del diritto civile, che la tematica degli interessi collettivi propone con particolare intensità⁹⁹. Se ne può qui, naturalmente, appena accennare.

Una volta assunta la non coincidenza del diritto civile – come complesso di istituti identificato in relazione alla struttura della qualificazione giuridica – con il diritto privato – come complesso normativo identificato in relazione alla natura degli interessi tutelati dalla qualificazione stessa¹⁰⁰ – si tratta di riesaminare le categorie e gli schemi teorici civilistici sulla base dei dati nuovi desumibili da tutte le articolazioni dell'ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, è possibile svolgere alcune considerazioni su una categoria che si è spesso usata in queste pagine, quella cioè di bene giuridico. Si è accennato in precedenza alle due tendenze teoriche presenti nella civilistica recente¹⁰¹: l'una che propone in definitiva l'identificazione della nozione di bene giuridico con quella di oggetto di diritto soggettivo, e l'altra volta invece a sottolineare l'autonoma rilevanza della qualificazione giuridica del bene. Come già si è accennato, l'una e l'altra impostazione presuppongono almeno due premesse comuni. La prima è che il concetto di bene non coincide con quello di cosa giuridica, perché è l'effetto di una specifica qualificazione formale, e non della mera rilevanza per il diritto, non ulteriormente precisata, di una entità materiale¹⁰².

La seconda premessa comune è che la qualificazione giuridica che trasforma un'entità materiale in bene giuridico opera nella forma dell'attribuzione del bene come oggetto di un'appropriazione esclusiva. Questo assunto è particolarmente evidente nella prima delle due teorie considerate, nella quale la nozione di bene giuridico si risolve proprio in elemento intrinseco e costitutivo del concetto stesso di diritto soggettivo¹⁰³. Ma una prospettiva analoga è alla base anche della seconda impostazione. Si sottoli-

⁹⁹ RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., pp. 87 s.

¹⁰⁰ Cfr. la chiara pagina di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 906 s.: «quel che si chiama diritto privato costituisce una rappresentazione di una parte della realtà sociale *sub specie iuris*, che si pone su un piano diverso da quella prospettiva che deve essere propria del diritto civile, nella quale non tanto la natura degli interessi quanto la struttura degli istituti e la validità dei principi che li animano sono i momenti che la caratterizzano».

¹⁰¹ Cfr. *supra*, § 2.

¹⁰² PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 173.

¹⁰³ PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 174.

nea il dato dell'operatività della qualificazione normativa del bene, sotto il profilo delle modalità di utilizzazione, nei confronti non solo del proprietario, ma di tutti i titolari di situazioni soggettive (diritti reali su cosa altrui, diritti personali di godimento, possesso) aventi la stessa cosa come termine di riferimento oggettivo, e in genere nei confronti di tutti coloro che si trovino in una relazione di utilizzazione con il bene, indipendentemente dal titolo del rapporto¹⁰⁴. Ma questo tipo di qualificazione normativa, anche se preordinata alla tutela di interessi non individualistici, presuppone tuttavia l'esistenza di un «potere di autonomia» di un soggetto sul bene¹⁰⁵, e si pone quindi come disciplina di determinate attività umane attinenti all'appropriazione del bene stesso. In altri termini, i beni sono tipicamente sussunti a termini oggettivi di appropriazione esclusivistica, e la normativa che attribuisce una determinata qualità giuridica ad un bene¹⁰⁶ prescrive un regime giuridico di esso che si risolve nella definizione di canoni di comportamento che atterranno tipicamente alla situazione soggettiva di cui è titolare il proprietario, oltre che, eventualmente, ad altre situazioni aventi ad oggetto lo stesso bene. Anche in questa prospettiva, in definitiva, la disciplina del bene assume una rilevanza essenzialmente indiretta e strumentale rispetto alla disciplina della situazione soggettiva¹⁰⁷.

La considerazione dello stretto collegamento instaurato tra categoria di bene giuridico e forme esclusivistiche di appropriazione consente ora alcune riflessioni sul tema delle *res communes omnium*. In primo luogo, si intendono facilmente le ragioni strutturali per le quali la situazione di «assenza di proprietà», che caratterizza per definizione le cose rientranti in tale categoria, abbia pacificamente portato ad escluderle dal novero dei beni giuridici¹⁰⁸, ai

¹⁰⁴ COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 195.

¹⁰⁵ COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 115.

¹⁰⁶ Per usare l'espressione di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 154.

¹⁰⁷ Si conferma così il valore della teoria dei «punti di collegamento» di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 470 ss. Cfr. altresì la discussione di MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., pp. 15 ss.

¹⁰⁸ Cfr. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 169 s. È noto, d'altra parte, che la concezione della qualificazione normativa dei beni come attribuzione a un soggetto nella forma del godimento esclusivo (cfr. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., pp. 32 ss.) ha a lungo pesato sulla teoria dei beni pubblici, identificati nei beni di proprietà del soggetto-Stato, secondo le classiche impostazioni di O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giur. it.*, 1897, IV, pp. 325 ss., e di E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, determinando il disinteresse della dottrina anche pubblicistica per i beni comuni a tutti. Per una prospettiva diversa v. ora M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 75 ss.; un'indicazione nella direzione che sarà qui seguita in RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 100.

sensi del resto del criterio di identificazione di cui all'art. 810 c.c.

Qui non interessa discutere la validità delle premesse sociologiche o economiche di tale risultato. Si dà tuttavia per acquisito che le risorse naturali, considerate in passato «beni liberi» sotto il profilo economico, in quanto non appropriabili e disponibili in quantità illimitata, non possono più oggi essere ritenute tali, e che pertanto è invece necessaria una regolazione di esse, per evitare danni o sprechi economici¹⁰⁹.

Si tratta di accertare però se la regolazione giuridica dell'utilizzazione di entità materiali, come le risorse naturali, non passibili di appropriazione giuridica, dia luogo ad un bene giuridico, rilevante come tale sotto il profilo del diritto civile. Così posta la questione, ci sembra che la risposta debba essere negativa.

Certamente, superato il principio dell'indifferenza in ordine alle modalità di utilizzazione dei «beni comuni»¹¹⁰, si pone l'esigenza di una regolazione giuridica che non solo ne assicuri la conservazione, nel loro stato di disponibilità collettiva, per consentire a tutti di fruirne, ma che curi anche che gli usi di essi non si traducano indirettamente in una lesione ad altri beni pubblici o privati che con quello si trovino in stretta relazione¹¹¹. Questo tipo di disciplina determina indubbiamente una «giuridicizzazione» delle risorse naturali. Ma, se la nozione di *res communes omnium* come entità non giuridiche deve ritenersi superata, il risultato della «assunzione di entità nel modo giuridico»¹¹² è ancora massimamente generico, nel senso che non dà luogo, di per sé solo, a un bene giuridico in senso tecnico, proprio perché questa nozione non coincide con quella di cosa giuridica, come entità materiale oggetto di una disciplina giuridica quale che sia¹¹³.

È vero, piuttosto, che la disciplina delle modalità di utilizzazione delle *res communes omnium* può determinare un diverso modo di essere della tutela di altri interessi, e quindi una diversa struttura di altri beni giuridici:

¹⁰⁹ Cfr. per tutti G. BOGNETTI, *Aspetti economici di gestione delle risorse naturali*, in G. BOGNETTI, E. GERELLI (a cura di), *Beni pubblici. Problemi teorici e di gestione*, Milano, 1974, pp. 73 ss.; E. GERELLI, *La tutela delle risorse naturali*, in *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di S. Rodotà, Genova, 1972, pp. 51 ss.

¹¹⁰ Cfr. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, loc. cit.; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 91 ss.

¹¹¹ Cfr. SACCHETTO, *Aspetti giuridici della gestione dei beni immobili*, in BOGNETTI – GERELLI (a cura di), *Beni pubblici. Problemi teorici e di gestione*, cit., pp. 55 ss.; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 92.

¹¹² La nozione è in PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 170.

¹¹³ Cfr. *supra*, testo e n. 102; com'è evidente, la terminologia qui adottata è quella della cit. opera di Pugliatti.

ad esempio, da un lato, della salute come diritto individuale, dall'altro, della proprietà dei beni produttivi¹¹⁴.

Sembra però che sia un altro il salto qualitativo che la teoria dei beni giuridici è chiamata a compiere. Esso attiene cioè all'attribuzione delle *res communes omnium* a soggetti determinati, come oggetto di una forma specifica di tutela.

Il carattere qualitativamente nuovo di situazioni come quella che si è tentato di descrivere in precedenza consiste appunto in ciò, che un'entità materiale è oggetto di una specifica protezione giuridica di tipo 'reale', che si indirizza a soggetti determinati senza essere a questi attribuita nelle forme della proprietà o comunque dell'appropriazione esclusiva.

È evidente che l'aria non è oggetto di nessuna delle possibili forme di 'proprietà'¹¹⁵, non solo privata, ma anche pubblica; né sembra da accogliersi il tentativo di una qualificazione giuridica di essa o di altre entità analoghe in termini di demanio o di altre figure simili: «si finirebbe infatti in tal modo per far appartenere l'aria ad un soggetto solo, lo Stato, anziché direttamente ed immediatamente a tutti»¹¹⁶.

Se è però possibile individuare una tutela di tipo civilistico dell'interesse di un soggetto, individuale o collettivo, al godimento delle *res communes omnium*, è ipotizzabile la qualificazione di queste come beni giuridici in senso tecnico, senza che ne sia modificato il tratto caratterizzante rappresentato dall'assenza di una situazione di proprietà, pubblica o privata, che le abbia ad oggetto. Forme di tutela di questo tipo sono delineate in altri ordinamenti giuridici¹¹⁷, e sembra possibile, come si è visto, ricostruirle sulla base dei dati normativi del nostro ordinamento.

Si avrebbe così il risultato qualitativamente nuovo, per il quale l'attribuzione di un bene giuridico – intesa come formula semantica espressiva

¹¹⁴ In effetti, la legislazione a tutela delle *res communes omnium* è ancora in larga misura finalizzata ad una protezione di esse in quanto la protezione stessa si risolve in tutela di altri beni (MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, cit., p. 370); cfr. però *infra*, testo e n. 119.

¹¹⁵ L'esame delle forme e funzioni diverse della «proprietà pubblica» (cfr. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 75 ss.) conferma l'esigenza ormai ineliminabile di affrontare il tema della proprietà tenendo ferma l'indicazione metodologica della pluralità dei tipi strutturali di proprietà (cfr. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., pp. 145 ss.; RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., pp. 1252 ss.).

¹¹⁶ SACCHETTO, *Aspetti giuridici della gestione dei beni immobili*, cit., p. 66; nello stesso senso *L'ambiente, la legge, il giudice* (Atti del convegno di Cervia, 7-8-9 maggio 1971), Milano, 1972, pp. 30 ss.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, n. 96.

dell'apprestamento di strumenti di tutela di tipo civilistico¹¹⁸ – avviene non nella forma dell'appropriazione esclusiva, anche se concorrente¹¹⁹, ma in una forma diversa, caratterizzata dalla titolarità di poteri di controllo in ordine alle modalità della fruizione di ‘beni adespoti’ da parte di altri soggetti. Si tratterebbe quindi non di un nuovo modo d’essere della tutela di beni privatistici – come avverrebbe, ad es., mediante una rilettura, sulla base dell’art. 32¹ cost., dell’art. 844 c.c., diretta ad ampliarne l’ambito di tutela nei confronti di lesioni apportate da altri soggetti nel corso della loro attività di fruizione delle *res communes omnium*¹²⁰ –, ma di una forma di tutela civile, e quindi di qualificazione giuridica, in senso stretto, avente direttamente ad oggetto il bene ‘comune’¹²¹, e riferibile ad una collettività unificata e determinata sulla base del comune interesse alla fruizione di quel bene.

Certamente una prospettiva di questo genere impone di riconsiderare una serie di questioni teoriche di fondo: prima fra tutte, sembra, quella di una complessiva ridefinizione del diritto civile come insieme di strumenti di tutela dotati di caratteri strutturali propri, non necessariamente collegati agli interessi di tipo privatistico e individualistico, superando quindi quel

¹¹⁸ È in effetti questa la nozione di bene giuridico in senso stretto che risulta dalla più volte citata opera di Pugliatti. Sembra certo, peraltro, che la revisione della teoria dei beni giuridici, oramai necessaria (cfr. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 99), debba essere condotta superando la premessa per la quale vengono considerati elementi concettualmente inscindibili dalla nozione stessa di bene giuridico tratti naturalistici, desunti dalla scienza economica [cfr. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., pp. 167 ss.], che sono in realtà connessi ad una specifica forma dell'appropriazione, secondo un legame di necessità storico-positivo, e non logico-naturale. Del resto, la storicità della categoria stessa di bene giuridico, in quanto frutto di «elaborazioni della scienza moderna, prive di collegamenti immediati con la sistematica del diritto romano e del diritto intermedio» non sfugge a PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 187, n. 111.

¹¹⁹ Neppure cioè nella forma della proprietà collettiva, come caratterizzata da PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., pp. 192 ss. Sembra, in effetti, che la proposta di qualificare le *res communes omnium* come «beni in proprietà collettiva» (cfr. GIAMPIETRO, *I beni di proprietà collettiva nella nuova legislazione contro l'inquinamento*, cit., p. 453 ss.) si basi sul presupposto ideologico del diritto di proprietà come unica forma di appropriazione dei beni. Eppure, i risultati raggiunti in tema di pluralità dei tipi strutturali di proprietà (cfr. *supra*, n. 115) dovrebbero far dubitare persino dell'esistenza di una struttura logica dotata di sufficienti elementi minimi costitutivi alla quale ricondurre una nozione così ampia di «proprietà», tale cioè da comprendere le forme di tutela civile degli interessi collettivi al godimento delle *res communes omnium*.

¹²⁰ Cfr. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, cit., pp. 807 ss. Sui rapporti tra art. 844 c.c. e tutela della salute cfr. in questo volume D'ANGELO.

¹²¹ Nel significato in cui il termine è usato da GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 91 ss.

rigido nesso tra diritto civile e diritto privato che è il portato storico del tipo di struttura economico-sociale sottostante alla formazione teorica e pratica del diritto moderno¹²². Eventi anche della cronaca recente impongono di considerare la revisione delle categorie giuridiche come problema reale, e non come il frutto di arbitrarie ricostruzioni concettuali¹²³.

¹²² Molto utile può essere a tal fine la rilettura delle pagine che Jhering dedica all'individuazione di una «diritto comunitario» come forma di tutela diversa e dalla proprietà privata e dalla proprietà pubblica (statale), riferendosi all'utilizzazione di quei beni «a fruizione collettiva» (per usare ancora l'espressione di GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 85 ss.), che determinano un rapporto che «non è semplicemente un rapporto di fatto, ma anche un rapporto giuridico ... sulla cosa avente carattere analogo alla proprietà» (R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it., Torino, 1972, pp. 328 ss.). Su una problematica analoga interessanti sono anche le pagine nelle quali Scialoja tende a ricondurre alcune figure anomale dell'esperienza giuridica romana, vicine alla modernissima tematica degli interessi collettivi, in uno dei due termini della tradizionale contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato (v. V. SCIALOJA, *Prefazione* a C.G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, in *Arch. giur.*, 1882, I, pp. 106 ss.). Si è cioè nell'ambito di quel filone di pensiero, centrale nella formazione teorica e pratica del diritto moderno, diretto ad espungere dall'esperienza giuridica tutte le forme di appropriazione e godimento dei beni non riconducibili allo schema della proprietà privata, individualistica, assoluta ed esclusivistica. Il tema è ampiamente trattato da P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milano, 1977, particolarmente pp. 375 ss.

¹²³ Sembra necessario aggiungere che la prospettiva di cui nel testo si riferisce al superamento *reale*, istituzionale, dell'esclusività di determinate forme di mediazione giuridica, e non ad un ripensamento di esse puramente teorico; anche se, indubbiamente, è opportuna l'opera di revisione critica delle categorie giuridiche tradizionali, che ne ponga in luce la determinatezza storica (cfr. *supra*, n. 22).

*Recensione a Tecniche giuridiche e sviluppo della persona,
a cura di N. Lipari**

AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di Nicolò Lipari, Laterza Ed., Bari 1974, pp. XXIII-581.

1. Il convegno di Bari su *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona* ha proposto per la prima volta ai giusprivatisti un oggetto di discussione chiaramente e polemicamente esterno ai tradizionali contenuti della scienza giuridica, ed al tempo stesso calato nel concreto della realtà sociale e giuridica: un tentativo di riunificare, quindi, intorno ad una proposta metodologica complessiva e ad una serie di temi coerentemente articolati, la critica della categoria giuridica (convegno di Catania su *L'uso alternativo del diritto*) e la riflessione su aspetti dell'uso del diritto nella fase del capitalismo monopolistico di stato (cfr. convegni di Catania su *Le condizioni generali di contratto* e di Macerata su *Aspetti privatistici della programmazione economica*).

I testi assunti a base del convegno sono ora compresi nel quarto volume della sezione giuridica della «Biblioteca di Cultura moderna» Laterza: la «proposta iniziale» di Pietro Barcellona e Nicolò Lipari, le relazioni di base, numerose comunicazioni. Precede un'introduzione di Lipari, che, nel riassumere le tappe che hanno condotto alla scelta del tema da dibattere, offre un'interpretazione delle vicende nelle quali si sono espresse le istanze di rinnovamento del gruppo di civilisti che si sono incontrati intorno alla proposta iniziale.

2. La *Proposta iniziale* di Barcellona e Lipari (pp. 3-13) parte dal rifiuto della alternativa cui non riesce a sfuggire il giurista che, pur attento all'esigenza di cogliere e promuovere il nesso tra tecniche giuridiche e sviluppo della persona, non si ponga preliminarmente il compito di verificare i postulati dell'elaborazione concettuale della scienza giuridica moderna. Costui, infatti, o seguirà la via della tutela degli interessi individuali – che sono però già compromessi da scelte trascendenti i singoli rapporti –, oppure individuerà nella sfera pubblica i centri di riferimento dell'interesse

* Pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1974, pp. 595-602.

generale e nello Stato il soggetto più idoneo ad assicurare il benessere collettivo. Ma anche la seconda via è, per B. e L., mistificante, perché le forme partecipative istituzionali tradiscono l'aspirazione ad una partecipazione effettiva alle scelte, e perché il carattere delegato della sfera pubblica ne esclude la coincidenza con la sfera sociale.

Occorre invece criticare le ipotesi stesse che sono alla base della elaborazione concettuale della scienza giuridica moderna, verificandone la non rispondenza ai modi dell'organizzazione sociale contemporanea ed alle attuali strutture del potere. Ciò consentirà di valutare l'idoneità delle tecniche giuridiche a promuovere la realizzazione non già di postulati teorici ormai meramente ideologici, ma delle istanze che muovono dalla realtà sociale.

Emerge con chiarezza l'indicazione di metodo: l'enucleazione dei problemi (delle pretese insoddisfatte) è pregiudiziale all'analisi dei dati normativi; quindi, l'analisi dei rapporti sociali nella loro totalità, comprensiva della configurazione giuridica, deve precedere la prospettazione delle tecniche giuridiche atte a realizzare le istanze sociali emergenti.

Rivendicata l'intera estensione dell'ipotesi culturale prescelta al campo della scienza giuridica («oggi più che mai, il giurista positivo è chiamato a impegnare nell'attività professionale non già una semplice competenza tecnica, ma il centro stesso della sua personalità di uomo, e il farsi quindi – proprio come giurista – filosofo e sociologo, storico e politologo, economista ed esperto degli strumenti di comunicazione», p. 11), la proposta articola i settori di ricerca intorno alle fondamentali istanze della persona umana: la soddisfazione dei bisogni essenziali (e quindi problemi connessi con: il rapporto uomo-ambiente; la funzione dei c.d. servizi pubblici; l'attuazione della comunicazione umana); la partecipazione al processo economico (e quindi problemi connessi con: lo svolgimento dell'attività produttiva; l'accesso ai beni di consumo; l'accesso alle fonti di ricchezza).

Destinatario della proposta è il gruppo di civilisti che alla fine degli anni '60 si è venuto aggregando intorno alla «medesima insoddisfazione verso il tradizionale modo di approccio ai problemi del diritto» (Lipari, Introduzione, p. VI), anche per verificare il livello di omogeneità del gruppo, al di là «della semplice appartenenza ad una medesima generazione culturale» (B. e L., p. 11). I temi individuati vengono affidati a *équipes* di sei Università («anche al fine di sfatare la convinzione che il lavoro del giurista non possa che essere un lavoro individuale ed isolato»: B. e L., p. 12), guidate da professori di materie privatistiche.

3. Non tutte le «relazioni di base» sono omogenee al modo di lavoro proposto. Già formalmente, appaiono frutto di lavoro di *équipe* solo le relazioni dei gruppi guidati dai promotori dell'iniziativa: *Il problema dell'uomo nell'ambiente* (Università di Bari: Lipari, Michele Costantino, Giuseppe Cotturri ed altri; pp. 19-83); *Servizi pubblici e Stato assistenziale* (Catania: Barcellona, Domenico Corradini, Cotturri ed altri; pp. 85-176). Genova e Macerata hanno seguito il criterio della ripartizione del lavoro: per i *Problemi connessi con l'attuazione della comunicazione umana*, Stefano Rodotà ha scritto sulle *Informazioni personali* (pp. 179-195), il gruppo guidato da Mario Bessone (che peraltro lavora già da tempo in maniera unitaria) su *Disciplina del mercato, controllo sociale dell'impresa, tutela del consumatore* (pp. 197-221); per i *Problemi connessi con l'attività produttiva* sono state presentate due relazioni da Antonio Cataudella e Matteo Dell'Olio (*Il lavoro e la produzione*; pp. 225-245) e da Adolfo di Majo (*La tutela del lavoro nella attività produttiva*; pp. 247-262). Da Firenze Giovanni Ferri (*In tema di tutela del consumatore*; pp. 265-292) e da Pavia Piero Schlesinger (*Problemi connessi con l'accesso alle fonti della ricchezza*; pp. 295-302) hanno scritto relazioni individuali.

Anche sotto il profilo metodologico e contenutistico gli approcci sono stati diversificati: emerge come ineliminabile il dato delle diverse biografie culturali e delle non coincidenti scelte di campo di ciascuno dei relatori. Elemento comune appare, più ancora della consapevolezza del carattere politico delle scelte che la cultura giuridica ha compiuto e viene compiendo, l'adesione alle istanze di rinnovamento – culturali e sociali – delineate nella proposta iniziale.

Il compilatore di questa scheda non può che rinviare alla lettura diretta delle relazioni, estremamente utile, oltre tutto, perché l'angolazione prescelta ha consentito l'unificazione di una serie di dati, anche normativi, estremamente interessante, dando l'opportunità di cogliere nessi essenziali altrimenti poco appariscenti, ed offrendo materiali di studio e di riflessione e contenuti che dovranno essere tenuti presenti per ricerche future.

(Un interessante commento al convegno è apparso in *Quale giustizia*, ad opera di L. Boella Breccia; cfr. anche l'ampio resoconto – «tra cronaca e critica» – di E. Capizzano sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, e la recensione al volume di A. Trabucchi nella *Rivista di diritto civile*).

È tuttavia necessario richiamare almeno l'impostazione adottata nelle rispettive relazioni dai promotori del convegno, come quella evidentemente più congruente al tipo di ipotesi politica e culturale delineata nella proposta iniziale.

4. Il gruppo guidato da Lipari, individuato nell'ambiente di lavoro uno dei temi oggetto della riflessione sul problema dell'uomo nell'ambiente, enuclea i «bisogni», intorno al quale ricostruire l'analisi dei dati normativi, sulla base di fonti di documentazione non giuridiche, ma sociali: documenti sindacali, convegni di studio, atti di movimenti culturali e di opinione: respingendo cioè i punti di partenza tradizionali delle ricerche dei giuristi (il dato normativo o la teoria generale), si individuano nella realtà sociale i bisogni effettivamente inerenti alla condizione operaia.

Il dato più interessante che risulta dal tipo di approccio seguito (e che altrimenti sarebbe rimasto nel campo del «giuridicamente irrilevante») riguarda l'enucleazione di «bisogni» relativi non solo alle conseguenze patologiche (infortuni e malattie professionali), ma anche alle conseguenze fisiologiche della condizione operaia: alterazioni somatiche proprie dell'età avanzata, declino della resistenza organica agli *stress*, quadri psiconevrotici. Si evidenzia così la duplice carenza del sistema previdenziale basato sulla monetizzazione del rischio, che, da un lato, sottrae alla sfera dell'interessato il controllo degli strumenti di tutela; dall'altro, determina una obbiettiva delimitazione dell'oggetto di tutela ad ipotesi specifiche, oltre ad intervenire, di regola, *a posteriori*. Rimane così al di fuori della tutela il processo «normale» della fabbrica, che pure genera tipicamente nocività ed alienazione, contrastando con i «bisogni» antagonisti individuati.

In questo quadro, la non applicazione di alcuni enunciati normativi vigenti (come le disposizioni degli artt. 437 cod. pen. e 2087 cod. civ.) appare dovuta a ragioni di carattere culturale connesse alla formazione del ceto dei giuristi, più che di ideologia politica in senso stretto. Il sistema assicurativo, d'altra parte, finisce per assumere il ruolo di una vera e propria clausola di esonero dalla responsabilità civile per l'imprenditore, mediante una razionalizzazione del costo degli infortuni funzionale alle esigenze del capitale ma contrastante con la realizzazione dei bisogni individuati.

L'impostazione seguita consente di valutare nel suo pieno significato innovativo l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, vedendo in esso la disposizione che, concependo per la prima volta la tutela della salute come un diritto del lavoratore e non come un obbligo dell'imprenditore o un ufficio di organi amministrativi, rappresenta lo strumento giuridico centrale di sviluppo della personalità nell'ambiente di lavoro, e ne indica una serie di possibili profili di rilevanza e di operatività, che consentano di incidere con immediatezza sulla connotazione dell'ambiente nel suo complesso.

5. Il gruppo guidato da Barcellona si pone esplicitamente il problema metodologico, e chiarisce la scelta di un approccio al tema dello «Stato assistenziale» basato sull'analisi del processo reale nel duplice rifiuto di un inventario dei bisogni astrattamente riferibili ad un «concetto» dell'uomo e di un inventario degli strumenti normativi e dei dispositivi tecnici genericamente definiti «servizi pubblici». Occorre invece introdurre i c.d. servizi pubblici («intesi in senso ampio come strumenti che incidono sulla fase della distribuzione... e che si pongono come alternativi ai meccanismi tradizionali del mercato ed ai sistemi privatistici contrattuali») all'interno del processo reale, e quindi articolare l'analisi storicamente, individuando i soggetti «dominanti» (cioè i veri beneficiari) ed i soggetti «esclusi»: si disporrà così degli elementi, da un lato, per una interpretazione (fondata sui referenti storico-sociali, e quindi scientifica) dei dati normativi; dall'altro, per l'elaborazione di una politica del diritto aperta alla prospettiva delle proposte di innovazioni legislative come a quella della proposta di criteri di interpretazione della normativa.

Non sfugge agli autori ed al lettore il carattere alternativo del metodo rispetto al modo di argomentare tipico della scienza giuridica, «condizionato dall'assunzione aprioristica di un modello astratto o di uomo o di società, e chiuso entro l'orizzonte delle disposizioni normative e delle categorie dommatiche».

Il metodo consente così di cogliere la funzione ideologica del sistema dei servizi ed il suo effettivo funzionamento nelle fasi di evoluzione della società moderna, ed in particolare nella società italiana del dopoguerra, tenendo sempre fermo il canone metodologico basato sulla dialettica antagonistica tra «soggetti dominanti» (percettori di rendita, titolari dell'iniziativa produttiva), e soggetti esclusi. Su questa base, la scelta dei temi per l'indagine si dirige verso i settori centrali rispetto all'analisi del processo economico e dei meccanismi di riproduzione: il credito (destinazione sociale del *surplus*); l'istruzione e il sistema assistenziale e previdenziale (condizioni di conservazione e di riproduzione della forza-lavoro); la casa (integrazione del salario). Per ciascun settore, l'analisi si articola rispettando pienamente l'indicazione di metodo, e quindi distinguendo tra individuazione/ descrizione del modello normativo organizzativo, e determinazione delle funzioni effettive svolte dai vari strumenti.

Le conclusioni della ricerca consentono di verificare positivamente l'ipotesi di lavoro: i servizi sono storicamente commisurati alle esigenze dei ceti inseriti nel blocco dominante, e non ai bisogni reali dei soggetti esclusi, che sono strutturalmente inidonei a soddisfare. In tal modo, però, gli stru-

menti dello «stato sociale» si rivelano inadeguati ad adempiere pienamente alle funzioni di supporto del consenso intorno al sistema, del quale, anzi, riproducono, aggravandoli, gli squilibri, aprendo anche ulteriori contraddizioni all'interno del blocco dominante.

Le conclusioni consentono, inoltre, di delineare la prospettiva di una politica per i giuristi, che si concreta nell'aggregazione intorno ai momenti di conflittualità e nel collegamento con i soggetti portatori delle istanze di trasformazione: i «soggetti esclusi». Emerge quindi una duplice indicazione: per l'organizzazione, a livello macroeconomico, delle istanze dei soggetti e delle forze sociali alternative; per il potenziamento, a livello microeconomico, degli strumenti di tutela nel momento della fruizione personale del servizio. Il livello di unificazione è dato dalla piena valorizzazione, nella duplice prassi sociale alternativa, dei principi costituzionali innovativi.

6. Il volume comprende, come si è detto, anche numerosi «documenti per un dibattito», cioè le comunicazioni presentate al convegno; alcune particolarmente ampie ed articolate e, comunque, generalmente sensibili alle indicazioni della proposta iniziale: a conferma dell'ampiezza sempre maggiore che in questi anni sono venuti assumendo il rifiuto delle posizioni tradizionali della scienza giurisprivatistica e la scelta di un confronto immediato con la realtà, al di fuori della mediazione delle categorie giuridiche tradizionali, secondo un processo che si chiarifica già nella scelta dei temi: ad es., salute mentale dell'individuo e tutela della personalità, diritto alla casa, comunicazione televisiva e tutela dell'utente, fondamento e coperture istituzionali della rendita parassitaria, emarginazione sociale e strumenti di tutela, le istituzioni tra democrazia economica e sviluppo sociale.

Anche per questa parte conviene, data l'ampiezza e l'eterogeneità dei materiali, un rinvio alla lettura diretta, salva la notazione impressionistica della prevalenza spesso attribuita al momento della costruzione di moduli interpretativi idonei a soddisfare determinati bisogni in *questa* società e con *queste* strutture giuridiche – senza, talvolta, esaminare la congruità della proposta con la logica propria di complessi normativi legati a determinati rapporti di produzione – rispetto alla prospettiva globale della costruzione, sociale e normativa, di una realtà storica diversa, nella quale abbia senso effettuale il riconoscimento di un nuovo sistema dei bisogni. In particolare, sembra che proprio il riferimento costante alle norme costituzionali richieda un approfondimento delle proposte di applicazione «diretta», giudiziale – nelle diverse forme in cui si presenta possibile –: che rischia,

se condotta senza il dovuto riferimento ad una prospettiva «totalizzante», di far perdere il senso complessivo del programma costituzionale, che ha un valore chiaramente alternativo se visto nell'insieme, nella sua direzione verso un rinnovamento totale, coinvolgente i rapporti di produzione nella loro connotazione strutturale. Ma si tratta, evidentemente, di problemi da affrontare in altre sedi: basti qui un richiamo, per penetranti rilievi, alla *Nota minima di uno storico* (Aldo Schiavone, pp. 559-564).

7. La rilettura del convegno svolta da Lipari (*Introduzione*, pp. V-XXIII) è di grande interesse, per le implicazioni non indifferenti della linea operativa culturale proposta a coloro che condividono «l'appassionato fervore di chi ha ricondotto alla sua attuazione l'indice di moralità del giurista di domani», impegnato nella realizzazione storica di «un mondo in cui i rapporti umani, privati e pubblici, non siano più in alcun modo soggetti alle regole della violenza, sia pure della violenza legale» (p. XXII).

Centrale rimane il riferimento ai bisogni insoddisfatti, che vanno individuati nella realtà sociale, rifiutando quindi ogni identificazione con l'interesse tutelato, che riporterebbe in primo piano l'analisi della disciplina normativa. La gerarchia dei bisogni individuati è positivamente creata ponendo l'art. 3 2° co. della costituzione al vertice del sistema giuridico, e cogliendone il senso pieno nella posizione al centro del programma di rinnovamento dell'uomo, non come individuo isolato, ma come uomo storico, collegato a specifiche strutture organizzative.

Il superamento della prospettiva tradizionale coinvolge il rifiuto sia della visione liberale, che pone al centro del sistema l'individuo isolato, sia dell'attribuzione aprioristica della titolarità della tutela ad organizzazioni date («partito, classe, sindacato o associazione culturale»), in mancanza di una concreta verifica della loro capacità di attuare il soddisfacimento del bisogno.

La preferenza va invece a gruppi e movimenti di base, a nuclei più omogenei, a più limitato spettro di incidenza, da individuare con una analisi delle situazioni concrete, cogliendo il momento istituzionale insito «nel fatto stesso che determinati bisogni (ancorché insoddisfatti) emergono ormai al livello di gruppi, di movimenti di base, di aggregati di varia natura» (p. XIV).

Il civilista ha dunque il compito storico di superare i moduli dell'individualismo possessivo, per costruire («rifondare») il diritto privato come diritto costituzionale della persona. È un compito che, postulando un'a-

nalisi concreta e ancorata a scelte precise, basate sulla «condivisione del mondo degli emarginati», consente il superamento dello scontro ideologico, «almeno al livello della riflessione giuridica e della predisposizione di strumenti politico-giuridici»: «nella misura in cui la liberazione dell'uomo e lo sviluppo della persona vanno determinati secondo i modi che storicamente la violenza assume ed esigono la predisposizione di un programma che si collochi all'interno dell'orizzonte storico, essi non presentano alcuna specificità marxista o cristiana» (p. XXIII).

Come si vede, pagine interessanti, sulle quali occorrerà riflettere e dibattere, soprattutto da chi crede che per il «nuovo giurista», che voglia dare respiro strategico al suo lavoro, «la critica del sapere giuridico tradizionale va ad incontrare, per un bisogno oggettivo di sviluppo, il marxismo, come unica scienza critica in grado di offrire una lettura complessiva dei meccanismi di questa società», e di dar conto del nuovo sistema dei bisogni non come «progetto utopistico o filantropico», ma «*scienza* dello sviluppo delle forze produttive in un'età di capitalismo maturo» (Aldo Schiavone, p. 563).

Cesare Salvi, giurista, intellettuale e, per un periodo della sua vita, uomo politico, raccoglie in questo volume studi giuridici pubblicati tra il 1973 e il 2023. Il libro è ricco, tocca numerosi temi ed è articolato in sezioni: teoria critica del diritto, storia, diritto europeo, famiglia, contratto, proprietà, responsabilità civile.