

Editoriale

Gli incroci del diritto privato: una breve introduzione e qualche osservazione

Mario Barcellona*

1. I quarant'anni, che vanno dalle ultime due decadi del vecchio millennio alle due prime del nuovo, sembrano anche segnare un cambio d'epoca: decretano il tramonto del *Welfare State* e aprono il tempo neoliberale.

In questo tempo, alla fine abbastanza breve, tutto sembra cambiato. La globalizzazione sembra essersi compiuta, fino a mostrare addirittura le sue prime crepe. Gli Stati nazionali hanno visto restringersi gli ambiti dei loro originari poteri, al punto da suscitare tardive reazioni seppur nella forma regressiva dei sovranismi. Il capitale finanziario domina le scene del mondo, tanto da provocare le aperte sollevazioni della vecchia industria manifatturiera e degli interessi che attorno ad essa ancora orbitano. La politica sembra essere soppiantata da nuovi movimenti che smantellano le categorie secondo le quali si era sviluppata nel 'secolo breve'. Da un lato, l'antipolitica sembra averle rubato la scena. Dall'altro, sul discredito che ha preso a insidiare le istituzioni della democrazia, sembra tornino ad attecchire fantasmi del passato, modi e pensieri che si ritenevano ormai definitivamente accantonati dalla storia.

I luoghi alti di questo cambiamento investono, innanzitutto, le strutture stesse del governo delle società: la sovranità, l'articolazione delle democrazie, le posture dei poteri istituzionali, e le forme costituzionali che le reggono. E interpellano, soprattutto, il diritto pubblico ed i suoi cultori.

Ma tutti questi cambiamenti hanno anche mutato le relazioni sociali e la loro regolazione. E la regolazione di queste relazioni è affidata, in buona parte, al diritto privato.

* Università degli Studi di Catania.

All'origine di questi cambiamenti – come si sa – stanno, soprattutto, le trasformazioni profonde cui l'economia capitalistica è andata incontro a partire dall'ultimo ventennio del secolo scorso. Robotizzazione, informatizzazione e globalizzazione hanno stravolto l'organizzazione e la qualità del lavoro e, con esse, i rapporti, materiali e giuridici, che si erano consolidati nel tempo della 'fabbrica' fordista. Ma si sono venuti anche modificando, direttamente e in profondità, l'oggetto e i modi dell'appropriazione delle risorse e le condizioni della loro circolazione. E tanto l'una che le altre costituiscono la materia cruciale del diritto privato. I confini di molte sue discipline hanno subito dilatazioni prima non immaginabili: ad es., la materia dei brevetti sembra avere scavalcato le 'invenzioni' di un tempo per includere la stessa 'natura', sol che la sua nuda conoscenza possa vantare un'aggiunta di capitali, e i derivati creditizi sembrano aver esonerato gli spostamenti della ricchezza finanziaria dall'antico limite della 'causa di scambio'. Ma, di più, le stesse frontiere che prima presidiavano il diritto privato, lo distinguevano dal diritto pubblico e definivano i compiti dell'uno e dell'altro sembrano saltate: la *ratio* politica dell'intervento correttivo dei poteri privati sembra cedere il passo alle autonome virtualità progressive accreditate al mercato, e dunque al campo delle discipline privatistiche. E così avviene che il diritto privato si mostri, ogni giorno di più, sottoposto a tensioni e fratture. Le quali *de-formano* gli assetti ricevuti dei suoi istituti fondamentali e sembrano travolgere i confini tra *imperium* e autonomia disegnati nel diritto della Modernità, e però anche presupposti dalla legislazione del *Welfare* che nel 'trentennio glorioso' ne aveva preso il posto.

Da quel che sta avvenendo in quest'altra metà dell'universo giuridico nasce, per l'appunto, la richiesta, che questa Rivista ha rivolto agli autori dei saggi raccolti in questo numero, di rappresentare, in essenziale, se e come sia cambiato il corpo, le *rationes*, del diritto privato e il pensiero di quanti accudiscono al suo studio.

Ai destinatari di questa richiesta, piuttosto che con un ragionamento generale, è sembrato che la trama di questi cambiamenti possa essere meglio ricostruita mettendo a fuoco i luoghi ove il diritto privato di questo tempo incrocia la decostruzione della sua rappresentazione tradizionale e la costruzione dei nuovi assetti che essa sembra promuovere e, fra questi, soprattutto i luoghi ove più prendono corpo gli assestamenti espansivi delle sue frontiere verso i campi un tempo propri delle funzioni pubbliche.

Da questa considerazione viene la scelta dei temi affrontati nei saggi che seguono: ciascuno dei quali considera uno (fra i molti) dei ‘luoghi’ ove è sembrato che, in modo esemplare, si manifestino le tensioni e le fratture che il *novum* di questo tempo produce nel sistema del diritto privato, si assegna un preliminare compito informativo, richiesto dal suo rivolgersi a chi ordinariamente non coltiva queste materie, e prova ad illustrare i principali interrogativi che emergono dalle superiori considerazioni e dall’interesse che essi potrebbero presentare per i lettori e gli interlocutori del luogo, una rivista di diritto costituzionale, da cui sono ospitati.

2. Tensioni e fratture si manifestano in modi a prima vista diversi ma evidentemente connessi: come mancanze, come nuove vedute e come compiti aggiuntivi del diritto privato.

Le mancanze più vistose sono per lo più ‘sopravvenute’ e concernono gli istituti cruciali del diritto dei privati: la proprietà, l’impresa e la rete dei rapporti che ad esse fanno capo.

Il ‘secolo breve’ era cresciuto sulla contrapposizione tra interessi privati e interessi collettivi, che aveva trovato espressione costituzionale nella funzione sociale della proprietà e nel limite dell’utilità sociale imposto all’iniziativa economica privata. E questa contrapposizione, a sua volta, aveva generato la produzione, a ridosso delle discipline codicistiche di proprietà e impresa, di una moltitudine di legislazioni speciali. Tutte rette da *rationes* politiche, e dunque pubbliche, e centrate sulla scomposizione del ‘soggetto giuridico eguale’ dei codici ottocenteschi in una molteplicità di ‘soggetti nominati’ distinti sulla base delle loro diverse condizioni materiali di esistenza. Questo tempo sembra ora tramontato. Sicché viene da chiedersi cosa rimanga di quel tempo e del dettato costituzionale che lo reggeva.

La caduta di questi apparati legislativi, per lo più, non ha cancellato i problemi reali che li spiegavano. Il posto di queste sopravvenute mancanze è stato preso, perciò, da nuove vedute delle fenomenologie sociali da cui sorgevano. Così, ad es.: il posto del ‘contraente debole’ e dell’insuperabile potere negoziale della sua controparte, propri della legislazione interventistica di un tempo, è stato preso dal consumatore informato; il posto del contratto ‘trattato’ e del successivo contratto di massa è stato preso dal contratto digitale e dal contratto implicito, dove, rispettivamente, all’incontro delle volontà dei contraenti si sostituisce la connessione di strumenti informatici e

comportamenti pressoché irriflessi prendono il posto delle parole e dei processi mentali che vi presiedono; il posto del debitore incapiente è stato preso dall'acquirente in stato di eccessivo indebitamento che deve essere ripristinato nella sua funzione di consumatore, con conseguenze pratiche non sempre relevantissime ma con il ribaltamento della vecchia primazia simbolica dell'impossibilità sull'impotenza finanziaria nel nome del mercato e della sua crescita. Tutte queste nuove fenomenologie pongono, evidentemente, problemi 'tecnici' non secondari. Ma valgono anche a mostrare le tensioni che il loro insorgere produce tra la dogmatica alla quale esse continuano ad essere riferite e gli archetipi (sociali, economici e antropologici) che ne determinavano il senso giuridico. Senza che sia detto e approfondito, il tramonto di quegli archetipi retroagisce sul senso del sistema privatistico introducendovi nuove vedute, la cui portata può sembrare non sia stata sempre pienamente apprezzata.

Ma tutte queste nuove vedute, che spostano dalla *ratio* pubblica del vecchio interventismo ai dispositivi di mercato i problemi sociali, implicano, di necessità, un eguale mutamento, e un'inedita estensione, dei compiti del diritto privato. Ad esso sembra ora assegnato di risolvere con le categorie e i modi suoi propri le strozzature del mercato che avevano dato luogo all'interventismo pubblico e, dunque, di assolvere alle funzioni 'politiche' che questo espletava. Per questa via il diritto privato ed il suo rapporto con il diritto pubblico sembra quasi siano venuti conformandosi a quell'antico paradigma dell'economia classica per cui l'utile di tutti i cittadini transita necessariamente attraverso la garanzia a ciascun privato del perseguimento dell'utile proprio. E come nel diritto di un tempo le nuove garanzie 'informative', che ora assistono l'utile proprio (del privato) e che dovrebbero così proteggerne il perseguimento, tornano a non occuparsi delle asimmetrie di potere, che ne inficiano la libertà negoziale e si frappongono al suo accesso alle tutele legali. Ma questo avviene, ora, su di una scala del tutto diversa in considerazione della crescita delle diseguaglianze e, soprattutto, della loro diversa qualità. Più mercato contro i 'fallimenti del mercato', perciò, potrebbe sembrare uno slogan non sempre sincero.

Di questa filosofia (neomercantile) e delle questioni che suscita sono testimoni significativi anche gli orientamenti di favore verso la via del *private enforcement*, che vengono via via maturando, specie nel panorama giuridico europeo, in materia di tutela dell'ambiente e di governo delle 'politiche sociali' del sistema industriale.

La tutela dell'ambiente continua ad esprimersi, in gran parte, secondo i vecchi arnesi dei divieti e dei limiti. E tuttavia il *mood* nel quale essa ora si viene sviluppando appare diverso. Per un verso, il suo peso comunicativo si mostra spostato sull'introduzione di una sorta di *coming out* delle politiche ambientali delle imprese volto a rimetterne ai consumatori (ossia alle loro scelte di consumo), e dunque al mercato, l'apprezzamento e l'orientamento. Per un altro verso, quest'enfasi sulla funzione di controllo e di attivazione dei meccanismi mercantili di (auto)correzione delegata ai privati sembrerebbe anche spingere verso una loro mutazione in agenti anche giuridici della transizione ambientale, intendendo le direttive ambientali dell'Unione come istitutive (anche) di un obbligo di protezione dello Stato verso i suoi cittadini che si veste del vecchio abito del diritto soggettivo: cosicché l'interesse collettivo si muta (anche) in interesse individuale e diviene suscettibile di accedere alle tutele giurisdizionali dei diritti ed alla loro logica singolare.

Ancor più netto in questa direzione sembra l'orientamento del diritto europeo verso l'affidamento della 'funzione sociale' dell'impresa al dispositivo della *disclosure* obbligatoria dei suoi propositi di 'giustizia sociale ed ecologica' o – come si dice oggi – di 'sostenibilità', e l'attribuzione alle scelte 'consapevoli' dei consumatori del compito di premiarle o sanzionarle, e quindi orientarle, attraverso l'acquisto o il non-acquisto delle loro merci.

In entrambi i casi, dunque, gli *stakeholders* o i privati in genere, e l'esercizio dei loro diritti (soggettivi), sono chiamati a funzioni che un tempo si sarebbero dette pubbliche, ma conservando tuttavia una legittimazione che mantiene a proprio fondamento la lesione di un interesse singolare e che, per questo, attiva i caratteri e le forme di tutela suoi propri. Si profila così una sorta di decentramento dall'*imperium* ai diritti, che rievoca un *trend* più generale e che sembra, comunque, investire, in qualche modo, l'assetto costituzionale del rapporto tra (interesse) pubblico e (interesse) privato, prospettando problemi di congruenza e proporzione rispetto ai compiti cruciali dai quali lo Stato sembrerebbe, così, (almeno in parte) ritirarsi.

3. Ma tutti questi mutamenti investono anche l'autorappresentazione dei giuristi, il loro rapporto con la legge e la loro idea della distribuzione del potere normativo. Da questo punto di vista sembrerebbe si possa disegnare un processo che dal diritto pubblico porta al diritto privato e finisce nel diritto dei giuristi (privatisti).

La ritirata della legge dal campo della correzione delle asimmetrie di potere e delle diseguaglianze e l'orizzonte di un attivismo giudiziario dei privati che ne dovrebbe prendere il posto e dar corpo ai compiti sociali che l'*imperium* si vorrebbe abbia ad esso ora affidato pongono il problema di una dilatazione dell'accesso alle tutele giuridiche. Questo accesso, nell'assetto che il sistema giuridico esibiva fino ad alcuni anni addietro, continuava ad essere governato dalla fattispecie normativa. La dilatazione di questo accesso è, dunque, sembrato a molti debba transitare attraverso l'accantonamento di questo *medium* tra fenomenologie sociali e rimedi giuridici. La costruzione di 'diritti' si svincola dal *frastico* delle previsioni normative e muove adesso dalla 'individualizzazione' di direttive e principi che evocano eguaglianze e/o libertà e/o socialità, insomma da un'insopprimibile 'bisogno di tutela'. Questo 'bisogno di tutela' sembra, allora, debba prendere ineluttabilmente la veste del 'diritto (soggettivo)' e imporre – come che sia – un rimedio che lo soddisfi. Ed a questo corto-circuito di 'giustizia' e sanzione giuridica sembra obbedire, per l'appunto, la dottrina dei rimedi.

Ma anche questo processo propone problemi che investono gli assetti costituzionali e la distribuzione dei poteri che in essi si legge(va).

4. La dottrina dei rimedi chiude il cerchio delle riflessioni che gli autori dei saggi qui raccolti hanno sottoposto ai loro colleghi costituzionalisti.

E tuttavia può sembrare utile aggiungere qualche sommaria considerazione sul clima generale nel quale oggi si ritrova ad operare la dottrina del diritto privato, sul modo in cui essa concepisce, per lo più, il suo oggetto e immagina sé stessa. Anche perché, forse, questo clima non è solo il suo.

Dopo il tempo del 'glorioso trentennio' una parte della dottrina, soprattutto quella che operava più a ridosso del diritto degli affari, si convertì presto al nuovo *trend* neo-liberale e prese a farsi promotrice, da un lato, del dispiegamento della concorrenza (sui due versanti dello smontaggio dei 'lacci e laccioli' frapposti al libero sviluppo dell'iniziativa economica privata e dell'efficientamento delle discipline *anti-trust*) e, dall'altro, del rafforzamento delle capacità competitive del sistema delle imprese uniformandone la disciplina alle regole comuni dei mercati (finanziari) globali.

Un'altra parte si incamminò, invece, per un altro percorso. La semantica, che aveva dominato gli anni '70, incontrava ormai ineludibili controindicazioni e la vecchia dogmatica era ormai insostenibile. E così questi giuristi presero ad avvalersi di altre dottrine che erano sorte nella seconda metà degli

anni '60: clausole generali, prima, e principio di effettività, poi, divennero ben presto, e sono rimasti fino ad oggi, gli arnesi principali di larga parte della nuova letteratura giuridica privatistica.

Seppur in modo diverso, clausole generali e principio di effettività, però, spostano entrambi il baricentro del ragionamento giuridico sul caso e su chi è chiamato a deciderlo. E questo, alla lunga, ha finito per generare un'altra concezione del diritto e un altro modo di concepirsi dei giuristi.

Il *focus* sul caso e l'urgenza dei valori fanno accantonare il rapporto con quel che c'era prima, con la legge e le sue ragioni, e liberano concetti e categorie dai loro archetipi, lasciando che si muovano senza 'istruzioni' al solo impulso di quel che sembra più nuovo e più giusto.

Cambia così lo 'stile' della produzione giuridica: nel viatico verso la ricerca della 'giusta soluzione del caso', che sembra adesso dover guidare l'attività interpretativa, i valori, spesso, si ritrovano posti in corto-circuito con i fatti del caso concreto e la storia dei testi normativi si riduce a stereotipo sull'inarrestabile ascesa del personalismo giuridico, del principio solidaristico e della effettività della tutela dei diritti.

In questo quadro, le clausole generali, forzate ad una vocazione estroversa, divengono solo un vagone per veicolare la 'coscienza sociale', l'espedito per metterla al posto del tessuto normativo quando si crede che il caso non trovi in esso adeguata soluzione. E il principio di effettività è chiamato a scavalcarle per attuare in modo generalizzato la medesima operazione, dissimulandola prima con il linguaggio del realismo giuridico e poi con il 'dover essere' costituzionale.

Così, progressivamente, il *puntismo*, e cioè l'esser retto di ogni discorso dall'occasione, dalla congiuntura e il suo essere trattato a prescindere dalla cornice, dal quadro sistemico entro cui si colloca, diviene lo 'stile' prevalente di questa letteratura giuridica. E inaugura nel campo del diritto il *post-pensiero* di questo tempo, e cioè la propensione ad assumere conclusioni più in forza dell'immediatezza reattiva che della riflessione, più in esito ad una sorta di 'responsivismo' immunitario che in virtù di un ragionamento orientato a capire prima ciò di cui in realtà si sta trattando e che questioni in ultimo coinvolge. Così, senza più storia e senza più categorie che hanno presa sul mondo, la contingenza sembra insediarsi al posto dell'ordine e la nuda strategia immunitaria del diritto, dominata dal tempo breve e magari chiamata giustizia, sembra soppiantare il ragionamento e la giustificazione.

Il fatto è che a fondamento di questa ‘rivoluzione’ è invocata la ‘coscienza sociale’ come fonte eminente del ‘diritto vivente’ e che *l’argomentazione a partire dalla ‘coscienza sociale’ procede per asserzioni e non per dimostrazioni.*

Questo nuovo fondamento, però, non sembra in grado di reggere il peso che gli si vorrebbe far sostenere.

Sono molti i saperi che, occupandosi della ‘coscienza sociale’, ne mettono in dubbio il valore speculativo e la rilevabilità empirica. E, difatti, le difficoltà ad assumerla a fonte del diritto si percepiscono già da due semplici interrogativi: cosa si intende per ‘coscienza sociale’ e cosa mai permette al giurista di averne conoscenza.

La ‘coscienza sociale’ sembra postulare un *quid* che sia comune a pressoché l’intera società. Ma la sociologia informa che le società contemporanee sono diseguali, fratturate, frammentate, addirittura liquide e questo, a sua volta, rende poco verosimile che esista una ‘coscienza sociale’ che si possa imputare a tutti con i medesimi contenuti.

Già nelle società industriali – spiegava E. Durkheim – la coscienza collettiva si frammenta in sottogruppi di valori e permane in generale solo come senso della comune appartenenza ad una medesima società, come coscienza del legame sociale.

Si potrebbe pensare che questo non valga nel campo dei c.d. diritti civili cui si sarebbe indotti ad attribuire un alto tasso di trasversalità. Ma neanche questo è vero, se si pena che su temi come quelli dell’aborto, del fine-vita, del suicidio assistito, delle coppie omosessuali o della procreazione eterologa e della relativa filiazione si registrano ancora, e in tutto l’Occidente, spaccature sociali estreme e si conducono battaglie elettorali senza quartiere.

Come che sia, certamente niente del genere si dà quando il *sentire* sociale sia riferito alle relazioni economiche, ove vige la diversità dei rapporti diseguali e la percezione dei membri di una comunità si frammenta secondo le loro diseguglianze: la ‘coscienza sociale’ di Amazon non sarà mai quella dei suoi dipendenti.

E, perciò, si daranno tante diverse ‘coscienze sociali’ quante sono le diverse condizioni materiali di esistenza.

D’altronde, perché si argomenti a partire dalla ‘coscienza sociale’ è necessario, comunque, che essa sia conosciuta. I giuristi, però, non hanno per lo più di queste conoscenze nel loro bagaglio professionale, né per decidere i casi che sono sottoposti al loro giudizio si avvalgono di trattati di sociologia o di indagini di opinione. E d’altra parte niente fa supporre che il Buon Dio abbia provveduto a munirli di speciali sensori sociali.

Dunque, quel che al più si può dire quando essi si avvalgono della ‘coscienza sociale’ è che argomentano dall’idea che si son fatti interrogando sé stessi e/o chiedendosi quel che si pensa solitamente nel loro ambiente. Perciò, una sorta di ‘senso comune’, che non solo è un’altra cosa, ma soprattutto è una cosa che è comune soltanto al ceto giuridico.

Né cambia granché quando, per nobilitarla, si prende a coniugare questa ‘coscienza sociale’ con la comunità dei parlanti e la ragione discorsiva. Resta il fatto che questa ‘comunità dei parlanti’ non è altro che la ‘comunità dei giuristi’ e che, perciò, l’opinione da essa condivisa, per quanto apprezzabile possa sembrare, è l’opinione di una frazione soltanto, e per di più abbastanza esigua, della società.

Questa ‘coscienza sociale’, dunque, è semplicemente il mondo come piace ad un pezzo soltanto dei suoi molti abitanti.

Quanto abbia pesato sui toni solidaristici, di cui questa ‘coscienza sociale’ di solito si veste, una schietta propensione progressiva dei giuristi e quanto, piuttosto, l’adattamento a stilemi diffusi o il miraggio di una primazia dell’interpretazione (e di chi la esercita) non si può sapere. Quel che si sa è, invece che gli approdi di questa mobilitazione della ‘coscienza sociale’ si mostrano, alla fine, ben più modesti di quello che ci si sarebbe aspettato: difficilmente è accaduto che le sue soluzioni si siano discostate da qualche sbavatura equitativa (destinata a restare per lo più senza reali riscontri giurisprudenziali) di norme e principi positivi. Sicché diviene inevitabile chiedersi come si possa capire questa sorta di salto antipositivistico che finisce per atterrare nel vecchio terreno del diritto positivo.

Gli anni del ‘trentennio glorioso’ avevano consegnato ai giuristi un duplice lascito, sfocato ma radicato: il tramonto dell’ideologia della neutralità del diritto e un immaginario di ceto, che però aveva anche radici più lontane, il quale li voleva dalla parte dei ‘deboli’ nel nome della ‘giustizia’. Entrambi questi lasciti, però, impattavano su di un mondo radicalmente modificato da processi economici, sociali e antropologici che si erano venuti sviluppando già a partire dagli anni ’80.

L’evaporazione della politica e l’indebolimento dei sindacati e delle formazioni sociali intermedie, che a questi processi si accompagnavano, già allora avevano *singolarizzato* la società e avevano prodotto un immaginario collettivo dominato dai codici dell’‘ognuno per sé’ e del ‘ciascuno si salva da solo’.

Così avviene che, chiuse tutte le altre porte, a questo cittadino singolarizzato della ‘società liquida’, a questo individuo-massa, che riesce a concepirsi solo nella sua affollata solitudine e che non conosce più altri santi cui votarsi, non resti che bussare alla porta, istituzionalmente altrettanto singolare, del giudice, di un giudice che ora si professa pronto a soccorrerlo. Sebbene questa porta, alla fine, non si apra se non a condizioni che non dipendono dalla buona volontà di chi vi sta dietro.

Alla vocazione un po’ samaritana di questi giuristi ed alla dispersione di questa società segnata dall’individualismo di massa non si dà, allora, altra via che quella di immaginare che ‘ci sarà pure un giudice a Berlino’.

A questa *prospettiva singolare*, magari generosa ma forse un po’ fallace, di sostituire un giudice ‘sollecito’ ad una politica che non riesce più a normare la società va ascritta, per l’appunto, l’idea di questa dottrina (o – meglio – di questo clima) di volgere la giustizia in *pietas* e di cercare nel giudizio il riscatto sociale dei deboli.

Ovviamente, non vale per tutti. Ma questo è il *mainstream*.