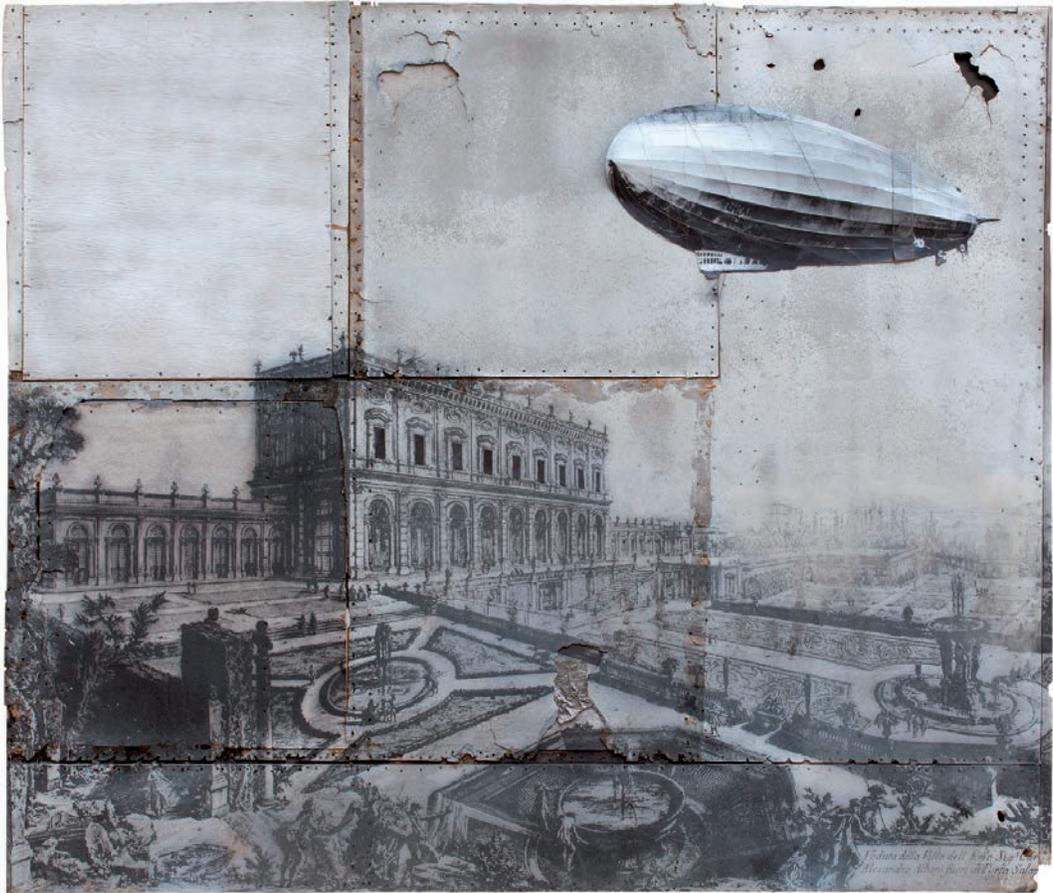


# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**CONTRIBUTI DI:**

Paolo Grossi  
Luigi Ferrajoli  
Aurelio Gentili  
Claudio Scognamiglio

Enrico Quadri  
Luigi Balestra  
Giuseppe Conte  
Giovanni D'Amico

Francesco Macario  
Roberto Mastroianni



GIUFFRÈ EDITORE

### *Direzione*

Giuseppe CONTE (Università di Firenze) - Fabrizio Di MARZIO (Corte di Cassazione)

### *Comitato di direzione*

Fabio ADDIS (Università di Brescia) - Luigi BALESTRA (Università di Bologna) - Giovanni D'AMICO (Università di Reggio Calabria) - Stefano DELLE MONACHE (Università di Padova) - Raffaele Di RAIMO (Università del Salento) - Francesco MACARIO (Università di Roma Tre) - Marcello MAGGIOLLO (Università di Padova) - Emanuela NAVARRETTA (Università di Pisa) - Fabio PADOVINI (Università di Trieste) - Michele PERRINO (Università di Palermo) - Claudio SCOGNAMIGLIO (Università di Roma "Tor Vergata")

### *Consiglio scientifico*

Guido ALPA (Università "La Sapienza" di Roma)    Matthias MAHLMANN (Universität Zürich)  
Mads ANDENAS (University of Oslo)    Marco MARAZZA (Università "Universitas Mercatorum")  
Andrea BIONDI (King's College London)    Roberto MASTROIANNI (Università di Napoli "Federico II")  
Jean-Sébastien BORGHETTI (Université Panthéon-Assas)    Andrea MORA (Università di Modena)  
Alexandra BRAUN (University of Oxford)    Peter Arnt NIELSEN (Københavns Universitet)  
Mario CAMPOBASSO (Seconda Università di Napoli)    Luca NIVARRA (Università di Palermo)  
Paolo CAPPELLINI (Università di Firenze)    Mauro ORLANDI (Università di Roma "Tor Vergata")  
Brian CHEFFINS (University of Cambridge)    Gianmaria PALMIERI (Università del Molise)  
Claudio CONSOLO (Università "La Sapienza" di Roma)    Andrea PANZAROLA (Università LUM "Jean Monnet")  
Paoloefisio CORRIAS (Università di Cagliari)    Giovanni PERLINGIERI (Seconda Università di Napoli)  
Enrico DEL PRATO (Università "La Sapienza" di Roma)    Carlos PETIT (Universidad de Huelva)  
Giovanni DORIA (Università di Roma "Tor Vergata")    John PHILLIPS (King's College London)  
Gillian DOUGLAS (Cardiff University)    Giorgio RESTA (Università di Bari)  
Francesco FIMMANÒ (Università del Molise)    Luigi Antonio ROVELLI (Corte di Cassazione)  
Toni M. FINE (Fordham University)    Massimo RUBINO DE RITIS (Seconda Università di Napoli)  
Giusella FINOCCHIARO (Università di Bologna)    Giuseppe SANTONI (Università di Roma "Tor Vergata")  
Andrea FUSARO (Università di Genova)    Franco SCARPELLI (Università di Milano-Bicocca)  
Henry B. HANSMANN (Yale Law School)    Henry E. SMITH (Harvard Law School)  
Mark GEISTFELD (New York University)    Lorenzo STANGHELLINI (Università di Firenze)  
Aurelio GENTILI (Università di Roma Tre)    Umberto TOMBARI (Università di Firenze)  
Stefan GRUNDMANN (European University Institute)    George TRIANTIS (Stanford Law School)  
Fabrizio GUERRERA (Università di Messina)    Gianroberto VILLA (Università Statale di Milano)  
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (Universidad de Valencia)    Graham VIRGO (University of Cambridge)  
Paola LUCARELLI (Università di Firenze)    Stefan VOGENAUER (University of Oxford)  
Nancy A. WELSH (Penn State University)

### *Redazione*

Paola CILLO, Alessandra CAVUOTO

### *Concept e graphic design*

Ad Maurizio Maselli/Digital Kitchen

### *Composizione e stampa*

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

# Indice

---

PAOLO GROSSI

*Sulla odierna fattualità del diritto* . . . . . p. 11

LUIGI FERRAJOLI

*Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità* . . . . . p. 27

AURELIO GENTILI

*L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina* . . . . . p. 47

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

*Dignità dell'uomo e tutela della personalità* . . . . . p. 67

ENRICO QUADRI

*Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata* . . . . p. 95

LUIGI BALESTRA

*Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale* . . . . . p.133

GIUSEPPE CONTE

*The Italian Way of Mediation* . . . . . p.163

GIOVANNI D'AMICO

*Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*. p.197

FRANCESCO MACARIO

*Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino* . . . . . p.227

ROBERTO MASTROIANNI

*La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati* . . . . . p.283

*Gli Autori di questo fascicolo* . . . . . p.319

## Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità

---

Giustizia e certezza – l’una impersonata da Antigone, l’altra da Creonte – sono i due valori del diritto da sempre in conflitto. Le costituzioni rigide del secondo dopoguerra hanno risolto il conflitto attraverso l’imposizione a Creonte, cioè alla legalità ordinaria, dei principi di giustizia, pur storicamente determinati, sanciti da Antigone nelle carte costituzionali. Oggi la crisi congiunta della certezza e della giustizia equivale alla simultanea sconfitta sia di Creonte, a causa del crollo della capacità regolativa del diritto generata dalla proliferazione delle fonti e dall’inflazione legislativa, sia di Antigone, a causa della rimozione della Costituzione dall’orizzonte della politica, tanto impotente rispetto ai mercati finanziari globali quanto potente nella riduzione dello stato sociale e dei diritti delle persone. Una risposta razionale alla crisi richiede oggi lo sviluppo di un costituzionalismo di diritto privato, idoneo a imporre limiti e controlli ai diritti del mercato, che la nostra tradizione ha configurato come “libertà” ma che consistono in “poteri” dei quali si richiede la rigida soggezione alla legge a garanzia dei diritti e dei beni vitali di tutti.

*Justice and certainty – one impersonated by Antigone, the other by Creon – are the two values of law that have always been in conflict. The rigid constitutions*

*following World War II resolved the conflict by imposing Creon; that is say, ordinary legality of the principles of justice, though historically defined by Antigone as enshrined in the constitutions. Today the joint crisis of certainty and justice is equivalent to the simultaneous loss of both Creon, due to the collapse of the regulatory capacity of the law generated by the proliferation of sources of legislative inflation, and Antigone, due to the removal of the Constitution from the political horizon, just as powerless with regard to the global financial markets, as it is powerful in the diminishing of the welfare state and the rights of individuals. A rational response to the crisis today requires the development of the constitutionalism of private law, so as to impose limits and controls on market rights, that our tradition has configured as “freedom” but which consist of “powers” for which rigid subjection to the law is required in order to protect the fundamental rights and property of all.*

Sommario: 1. Certezza e giustizia: i due valori del diritto. – 2. La sconfitta di Creonte e la crisi odierna della certezza e della giustizia formale. – 3. La sconfitta di Antigone e la crisi odierna della certezza e della giustizia sostanziale – 4. Quali risposte alla crisi da parte della cultura giuridica? A) Una questione teorica: libertà, autonomia contrattuale e proprietà – 5. B) Una questione metateorica: metodo tecnico-giuridico o approccio critico e progettuale al diritto?

### 1. - Certezza e giustizia: i due valori del diritto.

Giustizia e certezza sono indubbiamente i due valori principali perseguiti dal diritto. Di solito questi due valori sono concepiti l'uno in alternativa all'altro. Nel lessico filosofico-giuridico essi esprimono infatti un contrasto che attraversa l'intera tradizione della filosofia politica e della filosofia del diritto, dall'antichità classica all'età moderna: il dilemma e l'opposizione tra ragione e volontà, tra legge della ragione e legge della volontà, tra sostanza e forma, tra diritto naturale e diritto positivo, tra Antigone e Creonte, dove Antigone è il simbolo della lotta per la giustizia in nome delle leggi di natura, mentre Creonte è il simbolo dell'ordine costituito e il difensore della certezza delle leggi positive.

*Auctoritas non veritas facit legem* è infatti la massima giuspositivistica soste-

nuta da Hobbes<sup>1</sup> in opposizione alla massima giusnaturalistica *veritas, non auctoritas facit legem*. È l'autorità, cioè la legittimità della fonte e perciò della *forma* di produzione che garantisce, secondo la formula giuspositivista, la *certezza* del diritto e con essa la libertà contro l'arbitrio e la soggezione dei giudici alle leggi. Al contrario è la verità, cioè l'intrinseca razionalità dei contenuti normativi e perciò della *sostanza* delle norme prodotte che garantisce, secondo l'opposta formula giusnaturalista, la *giustizia* del diritto e con essa l'equità delle decisioni in aderenza ai casi concreti. C'è un passo felice di Giambattista Vico che esprime lucidamente questa classica opposizione: «il certo», scrive Vico, «proviene dall'autorità, come il vero dalla ragione»<sup>2</sup>; e poco prima: «la ragione della legge è quella che la fa essere vera. Il vero è proprio e perpetuo carattere del diritto necessario», cioè del diritto naturale, mentre «il certo è proprio e perpetuo attributo del diritto volontario», cioè del diritto positivo; «l'onde abbiamo il celebre detto di Ulpiano “la legge è dura, ma ella è scritta”, il quale altra cosa non significa che “la legge è certa” (ha l'autorità legale) “ma non è del tutto vera”, per esservi una qualche ragione che non la lascia esser del tutto conforme a verità»<sup>3</sup>.

Abbiamo dunque due criteri di riconoscimento o quanto meno due fonti di legittimazione del diritto – forma e sostanza, autorità e verità, volontà e ragione, giuspositivismo e giusnaturalismo, certezza e giustizia appunto – tradizionalmente concorrenti e di solito confliggenti. La tesi che qui sosterrò è che queste due fonti trovano una felice, straordinaria conciliazione nell'odierno costituzionalismo rigido delle nostre democrazie. Le costituzioni rigide, infatti, hanno positivizzato in norme costituzionali i principi di giustizia – l'uguaglianza, la dignità della persona, i diritti fondamentali –, che sono le leggi della ragione, sia pure storicamente deter-

---

<sup>1</sup> «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem» (T. HOBBS, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, tr. latina, in *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di R. SANTI, Milano, 2001, cap. XXVI, § 21, 448).

<sup>2</sup> G. VICO, *De uno universi iuris principio et fini uno* (1720), tr. it. di C. Sarchi (1866), ora in *Opere giuridiche. Il diritto universale*, Firenze, 1974, I, cap. LXXXIII, 100. Il passo prosegue con una tesi analoga alla nota formula di Gustav Radbruch: «ma l'autorità non può del tutto alla ragione contrastare, perché le leggi che alla ragione si opponessero non sarebbero più leggi, ma legali mostruosità».

<sup>3</sup> G. VICO, *De uno universi iuris*, cit., cap. LXXXII, 100.

minate e contingenti, che sono state stipulate nel patto costituzionale quali limiti e vincoli alla volontà politica del legislatore, e perciò quali condizioni di validità giuridica di quelle leggi della volontà che sono le leggi ordinarie. In altre parole, esse hanno tradotto in certezza la giustizia quale storicamente è stata pattuita nel patto costituente; hanno dato forma certa e positiva alla sostanza razionale e ai principi di giustizia fino ad allora rivendicati dalle istanze giusnaturalistiche; hanno collocato la legge della ragione – quella che con un termine tratto dal diritto commerciale ho chiamato la “ragione sociale” dell’artificio istituzionale<sup>4</sup> – al di sopra della legge della volontà, che in democrazia è la volontà della maggioranza e che esse hanno sottoposto a quella che ho chiamato la «sfera del non decidibile (che o che non)»<sup>5</sup>: la sfera da esse disegnata di ciò che nessuna maggioranza può decidere, a garanzia dei diritti di libertà e di immunità, cioè di non lesione, e la sfera di ciò che nessuna maggioranza può non decidere – o che qualunque maggioranza deve decidere – a garanzia dei diritti sociali a prestazioni positive come sono i diritti alla salute, all’istruzione e alla previdenza. È in questa sopra-ordinazione della ragione, ossia dei principi di *giustizia* sanciti nella costituzione, alla volontà del legislatore ordinario, e perciò alla *certezza* delle leggi, che risiede il segreto e la sostanza dell’odierno costituzionalismo democratico.

E tuttavia, per quanto avanzate siano le costituzioni, Antigone mantiene pur sempre la sua autonomia da Creonte, quale portatrice del punto di vista esterno della giustizia, critico e progettuale nei confronti del diritto vigente, incluso il suo contingente dover essere costituzionale. Intendo dire che l’autonomia di Antigone, cioè l’indipendenza dal diritto positivo dei tanti punti di vista morali o politici della giustizia – e perciò la separazione tra diritto e morale – non solo non viene meno con la positivizzazione dei principi di giustizia da essa volta a volta rivendicati e conquistati, ma è al contrario un portato dello stesso positivismo giuridico, in forza del quale né il diritto si identifica con la giustizia, né la giustizia si identifica con il diritto. Il costituzionalismo giuridico, insomma, non sopprime la separa-

---

<sup>4</sup> In L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, vol. I, § 8.12, 461-463, ove il termine è definito dalla D8.14, e § 10.9, 630-635.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., § 11.18, 819-824.

zione e la virtuale opposizione tra certezza e giustizia, che del gius-positivismo è il tratto distintivo. Semplicemente esso riduce, volta al volta, la distanza tra i due valori, la quale tuttavia torna sempre a riproporsi con il rivelarsi di vecchie o nuove oppressioni, con l'affacciarsi di nuove istanze di giustizia, con la rivendicazione di nuovi diritti.

Non solo. Antigone, le tante Antigone che hanno animato la storia, quasi sempre vengono sconfitte, uccise o comunque represses dai diversi Creonte. Nei tempi brevi esse perdono sempre. Ma sempre Antigone rinasce, incarnandosi in nuovi soggetti oppressi, in difesa di nuovi diritti, contro l'arroganza di nuovi poteri. E sempre, nei tempi lunghi, è destinata a vincere. Rinasce e vince, nei tempi lunghi, come portatrice di nuovi diritti e di nuovi valori allorquando quei diritti e quei valori vengono violati. *Ex malo bonum*. È stato così per l'Antigone di Sofocle che si ribella all'ingiustizia della legge di Creonte. È stato così per le libertà fondamentali, affermatesi nell'età dell'illuminismo dopo le guerre di religione e gli orrori dell'inquisizione contro eretici e streghe. È stato così per le dichiarazioni dei diritti e per le costituzioni, affermatesi tutte come solenni "mai più" alle discriminazioni e alle ingiustizie degli antichi regimi, oppure alle nefandezze dei vari fascismi e totalitarismi. Sempre le rivendicazioni di nuovi diritti e di nuove istanze di giustizia nascono da precedenti oppressioni e violazioni rivelatesi a un certo punto intollerabili. E le loro affermazioni e garanzie di certezza, volta a volta conquistate grazie alle loro formulazioni in norme di diritto positivo, non sono mai *octroyées*, ma sono sempre il frutto delle lotte messe in atto dalle diverse generazioni di Antigone, cioè di soggetti oppressi e rivoluzionari.

## **2. - La sconfitta di Creonte e la crisi odierna della certezza e della giustizia formale.**

Ebbene, la tesi che ora intendo sottoporre alla nostra riflessione è assai desolante e sconcertante: oggi sono in crisi sia la certezza che la giustizia. Oggi sono stati sconfitti, simultaneamente, sia Creonte che Antigone. E questa duplice sconfitta è dovuta alla crisi della *legalità positiva*, cioè della capacità del diritto di vincolare gli attori giuridici e le fonti di produzione normativa sia a regole formali che ne garantiscano la *certezza*, sia a limiti e a vincoli sostanziali capaci di garantirne la *giustizia*.

Come si realizzano infatti, nei nostri ordinamenti positivi, la certezza e la giustizia? Si realizzano entrambe per il tramite della legalità, ordinaria e costituzionale, in assenza della quale non si danno né l'una né l'altra. Precisamente, in forza della legalità ordinaria, un certo grado di giustizia del diritto, che chiamerò *formale*, dipende dal suo corrispondente grado di certezza e di effettività nell'assicurare l'uguaglianza di fronte alla legge. In forza della legalità costituzionale, un rilevante grado di giustizia del diritto, che chiamerò *sostanziale*, dipende a sua volta dal grado di certezza e di effettività con cui i principi costituzionali riescono a vincolare la legalità ordinaria e in generale l'esercizio di qualunque potere. Ne consegue che la crisi della legalità – una crisi di cui si parla da sempre perché un qualche grado di ineffettività fa parte, per così dire, della fisiologia del diritto positivo, ma che oggi ha raggiunto dimensioni patologiche – sta provocando la crisi di entrambi i valori della certezza e della giustizia. Sta determinando, per tornare ai nostri protagonisti della fenomenologia del diritto, la sconfitta sia di Creonte che di Antigone.

È stato innanzitutto sconfitto Creonte, essendo stata oggi travolta – dal venir meno del monopolio statale della produzione giuridica e, per altro verso, della determinatezza, dell'univocità e perciò della capacità regolativa delle leggi – la certezza del diritto. È infatti evidente il nesso tra legalità e certezza e, conseguentemente, tra l'odierno crollo della determinatezza semantica della legalità e il crollo della certezza, che del primo è il più evidente e inevitabile effetto. Indicherò tre fattori di indeterminatezza semantica della legalità: la complicazione del sistema delle fonti e il declino della sovranità degli Stati; l'inflazione legislativa, in quella che più di trenta anni fa Natalino Irti ha chiamato l'età della decodificazione<sup>6</sup>; il vistoso dissesto del linguaggio legale.

È in primo luogo diventato assai più complicato e irrazionale il sistema delle fonti: per l'incidenza delle fonti comunitarie, per la proliferazione dei centri di produzione normativa al di fuori di una struttura gerarchica unitaria e condivisa e, soprattutto, per il sostanziale spodestamento, su cui tornerò più oltre, della sovranità degli Stati da parte della sovranità dei mercati finanziari. Si è poi sviluppata una sovra-produzione delle leggi

---

<sup>6</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1999.

speciali, statali e regionali, che si contano ormai in decine di migliaia, al punto che in materia penale la nostra Corte costituzionale ha dovuto archiviare come irrealistico, con la sentenza n. 364 del 1988, il classico principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis*. Si è infine prodotta una vera disfunzione del linguaggio delle leggi, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente vaghezza, oscurità, tortuosità e talora contraddittorietà dei testi legislativi, nonché dei loro interminabili e intricati labirinti normativi e degli innumerevoli rinvii, talora scoordinati, nei quali si smarrisce qualunque interprete.

È chiaro che una legalità così dissestata determina una totale *incertezza* e *imprevedibilità* del diritto, risolvendosi nella sua perdita di capacità regolativa e quindi nel libero spazio lasciato alla discrezionalità e al dispotismo. Ma da questo dissesto risulta anche, per il nesso che lega certezza legale e giustizia, un primo aspetto, di carattere per così dire formale, dell'*ingiustizia*: un'ingiustizia formale dovuta alla perdita di certezza dei contenuti regolativi del diritto così nei confronti degli attori giuridici come nei confronti dei giudici. L'incapacità regolativa del diritto e la conseguente sregolatezza o deregolazione di fatto dei comportamenti e dei poteri dipendono in questo caso dall'eccesso di regole, troppo spesso confuse e contraddittorie, e dalla conseguente inconsistenza logica del sistema. E la sregolatezza, a sua volta, comporta il sopravvento della legge del più forte e, per altro verso, il carattere inevitabilmente arbitrario e disuguale dell'applicazione della legge. Essa equivale a quella specifica forma di ingiustizia che consiste nell'arbitrio e nella disuguaglianza di trattamento di fronte al diritto.

### **3. - La sconfitta di Antigone e la crisi odierna della certezza e della giustizia sostanziale.**

Ma oggi non solo Creonte, ma anche Antigone è stata sconfitta, a causa di un secondo aspetto della crisi della legalità, che ne investe la dimensione sostanziale, sia essa ordinaria che costituzionale. Incertezza e ingiustizia, a causa di questo secondo e più importante aspetto di carattere sostanziale della crisi del diritto, derivano in tal caso non da un eccesso ma da un difetto di norme regolative: non da una legalità inflazionata ma da un vuoto di legalità.

Derivano, in primo luogo, dai processi di deregolazione e delegificazione. Si pensi alla demolizione del diritto del lavoro generata dalla moltiplicazione dei tipi di rapporto di lavoro e, soprattutto, dalla loro crescente precarietà. Il venir meno dell'uguaglianza nei rapporti lavorativi e di quella meta-garanzia di tutti gli altri diritti che è la garanzia della stabilità del posto di lavoro, ha come effetto non solo la disuguaglianza nelle condizioni di vita tra i lavoratori, ma anche lo sviluppo di un potere sregolato e selvaggio dei datori di lavoro: in entrambi i casi una *sostanziale incertezza* e una *sostanziale ingiustizia*, sia per la sregolatezza e la disparità di condizioni contrattuali per le medesime mansioni, sia per la mercificazione, la mortificazione e la perdita di dignità del lavoro conseguenti al venir meno dei diritti e all'assenza di limiti allo sfruttamento e all'arbitrio padronale. Si aggiunga che con il venir meno dell'uguaglianza nei diritti e nelle condizioni di lavoro, sostituita da rapporti di lavoro individuali e differenziati, viene meno anche la solidarietà tra lavoratori, sostituita dalla loro rivalità e competizione, e perciò la loro unità e soggettività politica nella difesa dei loro diritti.

---

034

In secondo luogo, e soprattutto, *incertezza* e *ingiustizia* sostanziali conseguono dalla rimozione della Costituzione dall'orizzonte della politica e della pratica giuridica e dalla sua sostituzione, di fatto, con le leggi del mercato, cioè con la *lex mercatoria* quale norma fondamentale a tutte le altre sopraordinata. Il rapporto tra politica ed economia si è oggi capovolto: non è più la politica che governa l'economia, ma viceversa; non sono più i poteri pubblici che dettano regole, limiti e controlli ai mercati finanziari, ma sono i poteri privati della finanza speculativa che impongono agli Stati politiche antisociali a vantaggio dei loro interessi speculativi. A causa dell'asimmetria tra il carattere globale e a-spaziale dei poteri della finanza e il carattere tuttora prevalentemente statale e territoriale dei pubblici poteri, la politica risulta infatti impotente nelle sue classiche funzioni di governo e il diritto risulta inefficace nelle sue funzioni di garanzia. All'impotenza della politica e del diritto fa così riscontro una rinnovata onnipotenza dell'una e dell'altro nei confronti delle persone e in danno dei loro diritti costituzionali, sempre più assenti dall'orizzonte dell'azione di governo. All'ordine del diritto si è perciò sostituito l'ordine del mercato. Di qui – da questa duplice sconfitta di Creonte e di Antigone e dal conse-

guente declino della sovranità statale e della ragione costituzionale – il processo decostituente che investe i nostri ordinamenti e che si manifesta nella restrizione delle prestazioni dello stato sociale, nei tagli all'istruzione e alla sanità, nella riduzione dei servizi pubblici, nell'aumento della disoccupazione e nell'abbassamento dei salari e delle pensioni: in breve nella negazione, o quanto meno nella rimozione della giustizia che è stata incorporata nelle costituzioni come ragione d'essere dello Stato e, in generale, dell'artificio giuridico e istituzionale, e perciò nella sconfitta e nell'esilio, se non nell'uccisione, di Antigone.

Antigone, d'altra parte, è stata esiliata – esiliata, si badi, non già da Creonte, cioè dal potere politico e dalla sua legalità positiva parimenti sconfitti, bensì dai poteri invisibili e anonimi del mercato globale – non soltanto dall'Italia, ma anche dall'Europa, anzi dal mondo, nelle cui tante carte sovranazionali dei diritti essa era pur penetrata: nella Carta europea dei diritti umani del 1950, nella Carta di Nizza del 2000 e, per altro verso, nei tanti patti e convenzioni internazionali. Non parlerò del processo decostituente a livello globale, che si manifesta nei milioni di morti ogni anno per mancanza di acqua, di alimentazione di base e di farmaci salvavita e nelle decine di migliaia di persone che sono morte e continuano a morire nelle loro odissee di migranti dai paesi poveri ai paesi ricchi. Mi limiterò a rilevare il processo decostituente in atto nell'Unione Europea, un sogno trasformatosi in pochi anni in un incubo: non più l'Europa sociale e civile dei diritti disegnata dalle costituzioni nazionali e poi dalla Carta di Nizza e dai primi articoli del Trattato istitutivo della Comunità, bensì un'Europa dominata dalle politiche di rigore imposte dai mercati finanziari; regredita al suo statuto originario di semplice mercato comune, con l'aggravante della perdita da parte degli Stati della vecchia sovranità in materia economica e monetaria; di nuovo in preda agli egoismi nazionalistici e ai reciproci rancori e diffidenze, a causa della crescente insicurezza e povertà e perciò del senso di *incertezza* e *ingiustizia* provocati dall'abbandono dell'originario progetto europeo dell'unificazione giuridica e dell'uguaglianza nei diritti. Con gli effetti sociali disastrosi, anche sulle nostre democrazie, che sono sotto gli occhi di tutti: l'aumento delle disuguaglianze e della disoccupazione; la distanza crescente tra istituzioni pubbliche e società; la sfiducia nella rappresentanza e il rifiuto sempre più

generalizzato della politica; la disgregazione di tutti i vecchi legami di solidarietà sociale; l'esplosione infine di proteste rabbiose e di movimenti di rivolta che, nell'incapacità della politica di offrire loro risposte e rappresentanza, sono facili prede dei tanti demagoghi in circolazione.

**4. - Quali risposte alla crisi da parte della cultura giuridica? A) Una questione teorica: libertà, autonomia contrattuale e proprietà.**

È chiaro che questa duplice crisi della legalità, e conseguentemente della certezza e della giustizia sia formale che sostanziale, è il riflesso di una crisi della politica, la quale ne porta la principale responsabilità. Ma la questione che qui interessa discutere riguarda il ruolo che di fronte a questa crisi ha svolto e potrebbe svolgere la cultura giuridica.

Domandiamoci allora: come hanno reagito la cultura giuridica, e in particolare la cultura civilistica, a questa simultanea sconfitta di Creonte e di Antigone, ossia al declino sia della certezza che della giustizia, che del diritto costituiscono i due valori fondamentali? Ha risposto, dobbiamo riconoscere, semplicemente prendendone atto, con passivo disincanto, come se si trattasse di fenomeni naturali. A questo disincanto, a me pare, hanno contribuito due fattori: da un lato il pur venerando apparato concettuale della civilistica e, dall'altro, la persistente fedeltà al metodo tecnico-giuridico, basato sull'idea che la scienza giuridica deve solo descrivere e non criticare il proprio oggetto d'indagine, evitando contaminazioni di carattere filosofico o politologico o sociologico. Si pongono quindi, a questo proposito, due questioni di fondo – l'una di ordine teorico, l'altra di ordine metateorico o metodologico – che voglio qui trattare sia pure brevemente.

La prima questione, quella di carattere teorico, riguarda direttamente le categorie fondamentali del diritto e della giustizia civile. Essa è generata, a mio parere, da una confusione concettuale, che risale a John Locke ma che è stata recepita dalla dottrina civilistica fino a diventare senso comune nell'intera cultura non solo politica ma anche giuridica: la confusione, che ho più volte criticato, tra proprietà, diritti di iniziativa economica e diritti di libertà, e perciò la configurazione sia della proprietà che dei diritti del

mercato come libertà<sup>7</sup>. «Vite, libertà, averi, sono cose ch'io denomino, con termine generale, proprietà», scrisse Locke<sup>8</sup>: giacché il diritto di proprietà, questa è la suggestiva tesi lockiana, è anzitutto la proprietà sul proprio corpo, e quindi sul proprio lavoro e sui frutti del proprio lavoro, ed è perciò, simultaneamente, libera autodeterminazione e proprietà<sup>9</sup>. Questa stessa idea della “proprietà della propria persona” come libertà, o “dominio della volontà”, fu d'altro canto ripresa in termini straordinariamente simili dalla pandettistica tedesca, in particolare da Savigny e da Windscheid<sup>10</sup>; si è poi consolidata nella nozione civilistica di autonomia privata come libera autodeterminazione e in quella liberale dei diritti di iniziativa economica come libertà fondamentali; è diventata un “assioma” nelle odierne dottrine liberiste<sup>11</sup>. Infine il diritto di proprietà, nel duplice

---

<sup>7</sup> Ho criticato questa confusione fin da *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, 1970, 98-105. Ho poi ripreso e sviluppato questa critica in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, cap. XIV, § 60, 950-960; in *Tre concetti di libertà*, in *Democrazia e diritto*, 2000, III-IV, 169-185; in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2002; in *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. civ.*, anno XXII, n. 1, marzo 2004, 11-24; in *Diritto civile e principio di legalità*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 81-91; in *Principia iuris*, cit., vol. I, §§ 10.10 e 11.6-11.8, 635-638 e 752-772 e vol. II, §§ 14.14 e 14.20, 224-230 e 253-266 e in *Libertà e proprietà*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 91-104.

<sup>8</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690), tr. it. di L. Pareyson, Torino, 1968, cap. IX, § 123, 339.

<sup>9</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., cap. V, § 27, 261-262: «ognuno ha la proprietà della propria persona, alla quale ha diritto nessun altro che lui. Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose dunque che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, e cioè unito qualcosa che gli è proprio, e con ciò le rende proprietà sua. Poiché son rimosse da lui dallo stato comune in cui la natura le ha poste, esse, mediante il suo lavoro, hanno connesso con sé qualcosa che esclude il diritto comune di altri. Infatti, poiché questo lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro che lui può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso, almeno quando siano lasciate in comune per gli altri cose sufficienti e altrettanto buone».

<sup>10</sup> F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), tr. it. di V. Scialoja, Torino, 1886-1898, II, § 53, vol. I, 346: «Tre sono gli oggetti sui quali è possibile un dominio della nostra volontà, ed a questi corrispondono tre sfere concentriche, entro le quali la nostra volontà può esercitare quel dominio: 1) La propria persona originaria...; 2) La propria persona ampliata nella famiglia...; 3) Il mondo esteriore». A sua volta Bernard Windscheid teorizzò espressamente la categoria dei “diritti sulla propria persona”, nei quali incluse il «diritto alla vita, alla integrità corporale e al diritto di disporre del proprio corpo senza ostacoli (libertà)» (*Diritto delle Pandette* (1862-1870), tr. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1902, I, I, § 40, 177).

<sup>11</sup> «L'assioma fondamentale della teoria *libertarian* è che ogni individuo deve essere proprietario di se stesso» (M.N. ROTHBARD, *The Ethics of Liberty*, Atlantic Highlands, 1982, 59). È

senso di diritto reale di possedere e di diritto di disporre dei beni oggetto di proprietà, è stato associato ai diritti di libertà anche nella più nota tipologia dei diritti del secolo scorso: distinguendo tutti i diritti da lui chiamati «di cittadinanza» in “civili”, “politici” e “sociali”, Thomas Humphrey Marshall ha incluso nella prima di queste classi, da lui identificata con la “dimensione civile” della cittadinanza, le «libertà personali, di parola, di pensiero e di fede, il diritto di possedere cose in proprietà e di stipulare contratti validi e il diritto di ottenere giustizia»<sup>12</sup>.

Libertà e proprietà sono invece concetti strutturalmente diversi. Sono non solo diversi ma opposti, per la loro opposta struttura, i diritti di libertà e i diritti reali di possedere beni di proprietà: i primi spettanti ugualmente a tutti, quali diritti universali di tutti in quanto persone o cittadini, indisponibili, inalienabili e inviolabili; i secondi spettanti singolarmente a ciascuno con esclusione degli altri, disponibili, alienabili e trasferibili; se i diritti di libertà formano la base dell'uguaglianza, i diritti reali di proprietà formano la base della disuguaglianza giuridica. Ma sono strutturalmente diversi anche i diritti di libertà dai diritti civili di autonomia e di iniziativa economica, cioè di disporre dei beni di proprietà e di intraprendere attività imprenditoriali: mentre i primi sono semplici immunità, come la libertà di coscienza o l'immunità da torture, oppure mere facoltà, come le libertà di stampa, di associazione e di riunione, i diritti di autonomia negoziale sono infatti diritti-potere, cioè *diritti* fondamentali perché spettanti universalmente a tutti al pari dei diritti di libertà ma anche, al pari dei diritti reali di proprietà, *poteri* – inteso con “potere” qualunque facoltà il cui esercizio produce effetti nella sfera giuridica altrui<sup>13</sup> – che come tali devono essere sottoposti al diritto non essendo ammissibili, nello stato di diritto, poteri assoluti, ossia *legibus soluti*.

---

questa la tesi che accomuna gran parte delle odierne dottrine anarcocapitalistiche sull'assenza di limiti ai diritti-potere di autonomia privata (cfr. sul tema E. DICIORI, *La proprietà di sé*, in *Studi senesi*, 2002, fasc. 2, 215-255).

<sup>12</sup> Questa dimensione, disegnata dai diritti civili, scrive Marshall, «is composed of the rights necessary for individual freedom – liberty of the person, freedom of speech, thought and faith, the right to own property and to conclude valid contracts, and the right to justice» [*Citizenship and Social Class* (1950), in *Id.*, *Class, Citizenship and Social Development*, Chicago-London 1963, 78, tr. it. di P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976, 9]. La categoria dei “diritti civili”, tutti definiti e declinati in termini di “libertà”, fu del resto introdotta dagli articoli 7 e 8 del codice civile di Napoleone come categoria residuale, inclusiva di tutti i diritti non politici.

<sup>13</sup> Secondo la definizione di potere D10.1, formulata in *Principia iuris*, cit., vol. 1, § 10.1, 588.

In che cosa consistono, infatti, l'autonomia civile o negoziale o contrattuale e i connessi diritti civili di autonomia privata o di iniziativa economica? Secondo la raffigurazione corrente offertane dalla dottrina economica e, insieme, dalla dogmatica civilistica, l'autonomia contrattuale è la libera autodeterminazione dei contraenti: «de parti», dice l'articolo 1322 del nostro codice civile, «possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge». Ma questa autodeterminazione non sempre è uguale per tutti i contraenti, i quali di solito non sono affatto ugualmente liberi di determinare il contenuto di ciò che contraggono. Certamente ci sono molti contratti nei quali i contraenti sono parimenti liberi di stipularli e di determinarne i contenuti: per esempio nella compravendita di un immobile le parti sono libere sia di stipulare il relativo contratto che di trattarne e determinarne il prezzo. Tuttavia nella maggior parte dei casi, soprattutto nei contratti socialmente più importanti, esiste una profonda asimmetria tra i contraenti che non consente di parlare, per entrambi, di "libertà di autodeterminazione". Al contrario, quanto più uno dei due contraenti è libero, tanto più l'altro è vincolato alla libertà del primo, la quale perciò si tramuta, nei suoi confronti, in un potere. Si pensi soprattutto ai rapporti di lavoro, nei quali è più vistosa l'asimmetria di potere tra le parti dei relativi contratti. Si pensi ai contratti di assicurazione contro le malattie in ordinamenti nei quali non esiste un servizio sanitario pubblico e gratuito, ai contratti di assicurazione imposti come obbligatori in materia di circolazione stradale dei veicoli e, in generale, a tutti i contratti modellati dai grandi operatori economici, come quelli di fornitura di beni o servizi, formulati su moduli a stampa con clausole talora inique che nessun contraente debole, soprattutto se riguardano prestazioni vitali, pensa di poter contestare, o modificare o eliminare. È chiaro che in tutti questi casi ci troviamo di fronte a potenti poteri privati, e non a semplici libertà. E i poteri privati – come tutti i poteri, anzi assai più di qualunque altro potere, se non altro perché apertamente e interamente guidati dagli interessi personali – tendono sempre, in assenza di limiti, ad accumularsi e a concentrarsi in forme assolute. Si ricordi il monito di Montesquieu: «è un dato di esperienza eterna che chiunque sia dotato di

un potere è portato ad abusarne, e che il suo potere si espanda finché non incontri dei limiti»<sup>14</sup>.

Ebbene, è stato questo disconoscimento della natura di poteri dei diritti patrimoniali e dei diritti fondamentali di autonomia civile, e perciò la concezione del mercato come luogo delle libertà in opposizione allo Stato come il solo luogo del potere, che hanno dato vita a un modello di *stato di diritto* entro il quale, come dice questa stessa parola, è sottoposto al diritto soltanto lo Stato e non anche il mercato, solo i poteri pubblici o statali e non anche i poteri privati. Laddove, a me pare, se riconosciamo la natura di poteri, oggi più invasivi e invadenti che mai, anche dei poteri economici e finanziari privati, è l'elaborazione e la promozione di un *costituzionalismo di diritto privato* paragonabile a quello di diritto pubblico il principale compito che oggi incombe sulla cultura civilistica. Nel vuoto di diritto eteronomo generato dalla crisi della sovranità degli Stati non accompagnata dalla costruzione di una sfera pubblica sovranazionale, i poteri globali di carattere economico e finanziario sono infatti destinati, anche grazie al sostegno ideologico ad essi offerto dalla loro concezione come libertà fondamentali, a svilupparsi come poteri selvaggi e illimitati. Con conseguenze catastrofiche, fin d'ora sotto i nostri occhi e tutte destinate ad aggravarsi: le aggressioni irreversibili all'ambiente provocate da uno sviluppo insostenibile che sta mettendo in pericolo l'abitabilità del pianeta<sup>15</sup>; la crescita esponenziale della povertà e della disuguaglianza e i milioni di morti ogni anno per mancanza dell'acqua, dell'alimentazione di base e di

---

<sup>14</sup> CH. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), Paris, 1979, vol. I, XI, cap. 4, 293.

<sup>15</sup> Meritano di essere riportati – sulla sottovalutazione di tali aggressioni in base all'assurda ideologia, dominante tra gli economisti, della crescita economica infinita o anche di un qualsiasi "sviluppo sostenibile" – i calcoli di ANDRÉ LEBEAU, *L'enclavage de la technique. Essai sur une menace planétaire*, Paris, 2005, 154-155, riferiti da SERGE LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia* (2005), tr. it. di F. Grillenzoni, Torino, 2010, *Prefazione all'edizione italiana*, IX: «Sostenere la crescita per la crescita, come fanno tutti gli esperti, le autorità e tutti i politici, significa (...) ignorare i limiti del pianeta (...) Con un aumento del Pil *pro capite*, diciamo del 3,5% annuo, che è quello della Francia tra il 1949 e il 1959, si ha una sua moltiplicazione di 31 volte in un secolo, di 961 volte in due secoli e di più di 16.000 volte in tre secoli! E facendo una proiezione di lunga durata, si ottengono cifre inverosimili. Con il 2% di tasso di crescita annua, considerato il minimo necessario da tutti i responsabili dell'economia, in 2000 anni il Pil si moltiplicherebbe di 160 milioni di miliardi di volte! (...) Anche un bambino di cinque anni può capire facilmente che una crescita infinita è incompatibile con un pianeta finito. Solo una fede tenace e irrazionale nel progresso può spiegare il fatto che gli economisti e i loro adepti continuino a non capirlo».

farmaci salva-vita; la regressione, insomma, a una sorta di stato di natura planetario soggetto alla legge del più forte. Per questo, a me pare, ripensare le categorie della proprietà e delle libertà, e con esse il vecchio modello dello stato di diritto allargandolo al mercato e ai poteri economici e globali che sono oggi la più grave minaccia ai diritti e ai beni fondamentali e alla democrazia, è il compito più urgente che si impone alla politica e ancor prima alla riflessione teorico-giuridica.

### 5. - B) Una questione metateorica: metodo tecnico-giuridico o approccio critico e progettuale al diritto?

Vengo così alla seconda questione di fondo sopra sollevata: quella della compatibilità con il paradigma della democrazia costituzionale del vecchio metodo puramente tecnico-giuridico, il quale esclude qualunque ruolo critico della scienza giuridica rispetto al suo oggetto d'indagine. È ancora sostenibile, mi domando, in presenza della divaricazione tra costituzione e legislazione, tra i principi costituzionali sovra-ordinati all'ordinamento e le restanti fonti normative, il ruolo acritico, meramente descrittivo e contemplativo, raccomandato alla scienza giuridica dal metodo tecnico-giuridico, e anzi imposto e legittimato come il solo metodo "scientifico" <sup>16</sup>? O non deve al contrario essere tematizzata, dalla dottrina giuridica, quella divaricazione, e quindi identificata l'illegittimità del diritto – della legge e

---

<sup>16</sup> Si ricordino le classiche prolusioni sul metodo dei grandi maestri – in particolare quella del 1889 di Vittorio Emanuele Orlando [*I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, ora in V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, e quella di A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, anno I, fasc. X, 1910, Milano, 1910] – nelle quali fu formulato, in termini apertamente prescrittivi e perentori, il progetto di bonifica della scienza del diritto pubblico e di quella del diritto penale dal "vecchio materiale filosofico" rappresentato, come scrisse Orlando, dalle «teorie del diritto naturale colle loro dispute eterne, e infecundamente riproducentisi», e perfino dalla nostra più illustre e prestigiosa tradizione filosofico-giuridica, quella illuministica e liberale inaugurata in materia penale da Cesare Beccaria, sviluppatasi con Gaetano Filangieri, Mario Pagano, Giandomenico Romagnosi e Francesco Carrara e attaccata da Rocco perché, dapprima «ignara, dimentica, poi, degli insegnamenti della scuola storica del diritto, aveva preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo e si era illusa di potere, essa, forgiare un diritto penale diverso da quello consacrato nelle leggi positive dello Stato», abbandonandosi «alla sfrenata volontà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti». Rinvio, su questa operazione di sterilizzazione filosofico-politica della scienza giuridica, al mio *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999.

delle prassi giurisdizionali – rispetto ai principi di giustizia incorporati nella Costituzione?

Contro l'idea della neutralità descrittiva della scienza giuridica accarezzata e imposta dal vecchio metodo tecnico-giuridico, penso infatti che dobbiamo riconoscere che il diritto è una costruzione umana, prodotta dalla legislazione e perciò dalla politica ma anche, in non piccola parte, dalla scienza giuridica; che la scienza giuridica, diversamente dalle altre scienze, ha un ruolo performativo del suo oggetto d'indagine, cioè del diritto; che insomma noi giuristi facciamo parte dell'universo che indaghiamo e contribuiamo a costruirlo con le nostre dottrine e con le nostre teorie. Ma, soprattutto, dobbiamo riconoscere che questa dimensione pragmatica, che pure è sempre esistita, è oggi imposta alla scienza giuridica dalle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, le quali le hanno conferito un ruolo critico e progettuale impensabile nel vecchio stato legislativo di diritto: critico nei confronti delle leggi invalide, cioè dei vizi per commissione della legislazione che danno luogo ad *antinomie*; progettuale nei confronti degli inadempimenti legislativi, cioè dei vizi per omissione che danno luogo a *lacune*, ossia alla mancanza di leggi di attuazione, sempre richieste dalla grammatica dei diritti fondamentali. Nei confronti delle antinomie questo ruolo della scienza giuridica si manifesta nella sollecitazione della *giurisdizione* a rimuoverle, cioè ad annullare le leggi invalide nelle quali esse consistono. Nei confronti delle lacune questo medesimo ruolo si esprime nella sollecitazione della *legislazione* a colmarle, cioè a introdurre le garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stipulati: le *garanzie negative* dei diritti di libertà e di immunità, a cominciare dal diritto alla vita, consistenti nella proibizione e nella punizione delle loro lesioni, e le *garanzie positive* dei diritti sociali, come i diritti all'istruzione o all'assistenza sanitaria, consistenti negli obblighi in capo alla sfera pubblica di tali prestazioni.

In questa prospettiva – nella prospettiva di una cultura giuridica che intenda prendere sul serio le promesse costituzionali – penso allora che dobbiamo domandarci: quali tecniche tramandate dalla grande tradizione privatistica e quali riforme del diritto vigente la dottrina civilistica è in grado di proporre onde restaurare certezza e giustizia, a garanzia dei diritti e dei beni stabiliti o da stabilire come fondamentali a livello costituzionale?

Senza pretendere di rispondere esaurientemente a queste domande di fondo, credo che si possano formulare, sommariamente, talune indicazioni strategiche elementari.

In primo luogo a garanzia della certezza, onde riabilitare il valore della legalità impersonato da Creonte. Di fronte al collasso del linguaggio delle leggi, penso che oggi sarebbe più che mai necessario riprendere il progetto illuminista, formulato più di due secoli fa da Gaetano Filangieri e da Jeremy Bentham, di una *scienza della legislazione*, capace di fornire una tecnica di formulazione delle leggi quanto più possibile rigorosa: da un lato, sul piano qualitativo, una rifondazione del linguaggio legale in grado di assicurarne chiarezza, semplicità e univocità semantica; dall'altro, sul piano quantitativo, una rifondazione della legalità in grado d'impedire l'inflazione e il caos normativo. Su entrambi i piani l'indicazione più semplice è l'introduzione, se possibile a livello costituzionale, di rigide *riserve di codice*, o quanto meno di leggi organiche, in forza delle quali tutto il diritto di un determinato settore dovrebbe essere incluso in un medesimo codice o in un unico testo unico o legge organica – per esempio tutte le norme penali e processuali entro il codice penale o il codice di procedura penale e nessuna di esse fuori dai codici – a garanzia quanto meno della coerenza, della sistematicità e della conoscibilità dell'insieme. Accanto alle intere biblioteche che oggi possiamo riempire con la sterminata letteratura in tema di interpretazione e argomentazione giuridica, non sarebbe male se un maggiore sviluppo avessero gli studi e le ricerche in tema di scienza e tecnica della legislazione<sup>17</sup>. È insomma una rifondazione della legalità, sia sul piano qualitativo che su quello quantitativo, che oggi si richiede alla politica e all'ausilio della scienza giuridica, se vogliamo difendere lo stato di diritto e non rassegnarci a descriverne – avalutativamente – il crollo.

---

<sup>17</sup> Ma si ricordino gli studi di P. COSTANZO (a cura di), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Napoli, 1999; ID., *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli, 2009, 177 ss.; G. AMATO, *Principi di tecnica della legislazione*, in *ISLE, Corso di studi superiori legislativi*, Padova, 1990, 77 ss.; G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma 1990; ID., *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 152 ss.; V. DI CILOLO, *La progettazione legislativa in Italia*, Milano, 2002; M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2013.

In secondo luogo si richiede che il diritto e le istituzioni politiche ritrovino, nella garanzia dei contenuti di giustizia che Antigone ha incorporato nelle nostre costituzioni, la loro ragion d'essere. Lo Stato e le istituzioni pubbliche non sono società commerciali a fini di lucro. La loro ragion d'essere non risiede, come tutti ripetono, nella crescita del Pil o nel pareggio dei pubblici bilanci, bensì nel rispetto e nella soddisfazione dei diritti fondamentali di tutti che delle istituzioni pubbliche rappresentano, ripeto, la "ragione sociale". Non meno necessaria e doverosa della riabilitazione di Creonte, se prendiamo sul serio la Costituzione, è insomma la riaffermazione della voce di Antigone quale si è espressa nei nostri principi costituzionali: a garanzia dei diritti fondamentali e in particolare dei diritti sociali alla salute, all'istruzione e alla sussistenza, ma anche di beni che parimenti possiamo chiamare fondamentali, perché comuni e vitali, ma che vengono ignorati dalla giustizia civile e dalla teoria civilistica dei beni. Sarebbero per esempio possibili, mi domando, azioni di danno delle popolazioni povere contro le devastazioni di beni comuni come l'aria e l'acqua provocate soprattutto nei loro paesi, nella forma di alluvioni e desertificazioni, dalle abusive attività industriali dei paesi ricchi? E al di là dei danni, sarebbero configurabili azioni di ingiusto arricchimento promosse di nuovo dalle popolazioni povere per l'uso di beni comuni, come sono indubbiamente le linee aeree e le orbite satellitari da parte dei paesi più avanzati? E, sempre in tema di beni comuni o vitali o fondamentali, non sarebbe possibile e auspicabile la loro costituzionalizzazione, onde impedirne l'appropriazione, la dissipazione e talora la distruzione privata? In particolare, non sarebbe opportuno spostare a livello costituzionale la qualificazione di taluni beni come beni demaniali, oggi stabilita dal codice civile, onde impedirne la delegificazione e la privatizzazione?

---

044

Inoltre, un costituzionalismo preso sul serio richiede che le ragioni di Antigone costituzionalmente stipulate possano farsi valere anche in tutte le «formazioni sociali ove si svolge», come dice l'art. 2 della nostra Costituzione, la "personalità" dell'individuo: cioè negli ambiti civili di vita e di potere che il vecchio stato liberale, confondendo di nuovo libertà e poteri privati, ha in larga parte riservato alla libertà del cittadino, come la casa, la famiglia, la fabbrica, i luoghi di lavoro, le redazioni dei mezzi di informazione, i partiti politici, i sindacati e, soprattutto, il mercato. Certamente,

infatti, i poteri sregolati che si sviluppano in questi ambiti di vita sono i principali «ostacoli di ordine economico e sociale» che, come dice l'art. 3 cpv. della nostra Costituzione, limitano «di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini» e che è «compito della Repubblica rimuovere». Di qui la necessità delle garanzie dei diritti della persona, cioè dell'imposizione di limiti e vincoli anche ai poteri che si vengono affermando e accumulando in questi ambiti privati, inclusi quelli di origine contrattuale, ben al di là dell'attuale e generica previsione del divieto di "causa illecita" perché "contraria", come dice l'art. 1343 del nostro codice civile, «a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume».

Infine, sia Creonte che Antigone vanno riaffermati nel processo di costruzione dell'Unione Europea, oggi in crisi a causa delle fallimentari politiche di rigore imposte dagli organi comunitari agli Stati membri in ossequio ai dettami dei mercati.

Va in primo luogo riabilitato un Creonte europeo, attraverso una rifondazione costituzionale dell'Unione – magari ad opera di un'Assemblea costituente europea, o comunque di un Parlamento europeo cui vengano affidati poteri costituenti – sul modello degli stati federali: con l'attribuzione perciò di funzioni legislative a un Parlamento eletto su liste elettorali europee; con l'istituzione di un governo federale ad esso vincolato da un rapporto di fiducia o comunque eletto anch'esso su basi europee; con una banca centrale dotata dei poteri di tutte le banche centrali del mondo; con una fiscalità comune e con un governo comune dell'economia; infine con una progressiva unificazione legislativa, in materia di lavoro ma anche in materia commerciale e penale e in tema di garanzie dei diritti sociali, onde realizzare quell'uguaglianza nei diritti fondamentali nella quale risiede il presupposto dell'unità politica europea e, insieme, per evitare che, all'ombra dell'accattivante formula liberista della "concorrenza tra ordinamenti", capitali e imprese continuino a spostarsi dove maggiore è la possibilità di sfruttare il lavoro, di evadere le imposte, di inquinare l'ambiente e di corrompere governi e amministrazioni pubbliche.

Va in secondo luogo ridata voce ad Antigone – all'Antigone che già si è espressa nella Carta di Nizza e nei primi articoli del Trattato dell'Unione, ma che è rimasta finora inascoltata – attraverso la creazione di un sistema adeguato di istituzioni europee di garanzia, in grado di assicurare a tutti i

cittadini europei l'effettività dei diritti di libertà e dei diritti sociali e, per altro verso, di sottrarre al mercato e di rendere accessibili a tutti beni comuni come l'acqua, l'aria e gli altri beni vitali. Solo così potrà prodursi un'inversione di rotta delle politiche economiche comunitarie – non più le politiche di rigore che finora hanno avuto il solo effetto di accrescere la disuguaglianza e di aggravare la crisi, bensì politiche finalizzate alla piena occupazione e alla garanzia dei diritti fondamentali – e potrà perciò restaurarsi nel senso comune di tutti gli europei il sentimento di coesione, di unità e di appartenenza all'Unione.

Non sappiamo se e quando questi passi in avanti di Antigone e di Creonte attraverso i processi ora auspicati – il processo ricostituente delle democrazie nazionali e il processo costituente della democrazia sovranazionale e in particolare europea – si compiranno effettivamente. Sappiamo tuttavia che, di fronte alla crisi in atto, o si va avanti o si va indietro. Purtroppo di una regressione all'indietro, di tipo civile e politico, ci sono oggi moltissimi sintomi: il discredito sempre più generalizzato della politica, le tante forme talora violente di protesta, lo sviluppo dei populismi e l'esplosione di un anti-europeismo rancoroso in settori rilevanti dei nostri elettorati. Sono tutti sintomi o effetti di una regressione profonda della politica, determinata dalla sua persistente subalternità ai mercati e dalle tante forme di corruzione dei ceti di governo: una regressione che rischia di travolgere, oltre ai valori della giustizia e della certezza del diritto, anche le nostre democrazie.

## **Gli Autori di questo fascicolo**

---

Paolo GROSSI, professore emerito dell'Università di Firenze, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale

Luigi FERRAJOLI, professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Aurelio GENTILI, professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

---

319

---

Claudio SCOGNAMIGLIO, professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "Tor Vergata"

Enrico QUADRI, professore ordinario di Diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Luigi BALESTRA, professore ordinario di Diritto privato, Università di Bologna

Giuseppe CONTE, professore ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Giovanni D'AMICO, professore ordinario di Diritto privato, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Francesco MACARIO, professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Roberto MASTROIANNI, professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"