NICOLÒ LIPARI, ***Vivere il diritto.*** *A colloquio con Gabriele Carapezza Figlia, Vincenzo Cuffaro e Francesco Macario*, ESI, Napoli 2023, pag. 160

Ecco un libro-intervista, la cui lettura si raccomanda a quanti frequentano le pagine di *Justitia*!

Si tratta – come si potrà constatare – di un'autobiografia intellettuale, nella quale l'illustre civilista ripercorre le tappe della propria formazione e rende il lettore partecipe non solo delle multiformi attività da lui svolte, ma anche dei numerosi incontri intellettuali della propria vita di studioso: attività ed incontri, dai quali ha avuto modo di trarre alcuni elementi costitutivi del proprio modo di approcciarsi all' esperienza giuridica.

Trattandosi di un volumetto che assume la forma dell'intervista, ove idee, suggestioni, valutazioni emergono di volta in volta in relazione alle singole risposte, che l'a. intende dare alle domande rivoltegli, è quasi impossibile offrire un'esposizione sistematica dei numerosi spunti di riflessione contenuti nel libro, senza incorrere nel rischio che sia la stessa sistematizzazione, per parte sua, a tradire il pensiero dell'a.

Infatti, è bensì vero che il libro si presenta come diviso, largamente schematizzando, in quattro capitoli o parti che dir si voglia: delle quali la prima ripercorre la carriera accademica dell'a.; la seconda è dedicata al modo con cui l'a. stesso si è posto in relazione con l'ambito scientifico del diritto privato nel lungo periodo in cui ha esercitato la propria attività di ricerca; la terza riguarda il rapporto tra l'attività accademica e quella professionale e politica; e la quarta intrattiene il lettore sulle profonde modificazioni, che alcune fondamentali categorie della civilistica vengono subendo intorno a noi.

Inoltre, come il lettore potrà constatare, i temi emersi o accennati in una delle quattro parti, sono spesso ripresi e verificati, seguendo un'ideale continuità, in altre parti; così come, ad es., avviene per i ricordi autobiografici, che emergono anche in settori della trattazione dedicati ad altri temi specifici.

Gli argomenti, le suggestioni, gli spunti, che il lettore trova, scorrendo le pagine di questo volumetto, sono tanti e tutti esposti con la passione di chi ha dedicato l'intera vita alla scienza giuridica; ed il lettore non può evitare, man mano che le pagine scorrono sotto i propri occhi, di essere coinvolto, di soffermarvisi pensoso e di riflettere, ripercorrendo le proprie esperienze, su ciò che, dei concetti e delle categorie tradizionalmente acquisite, gli appare ancora "vivo", e su ciò che di questi ultimi è venuto irrimediabilmente appassendosi, fino a potersi dire ormai "morto".

Di fronte a questa ricchezza di contenuti è inevitabile che sia rimesso alla sensibilità di chi si accosta allo scritto, l'individuazione di un filo conduttore unitario dell'intero discorso di L., quest' ultimo scaturendo dalle inclinazioni, sensibilità, curiosità, modalità di approccio del lettore medesimo. Si possono fare alcuni esempi, richiamando alcune tematiche ricorrenti, che possono costituire prova di quanto appena affermato.

Così chi sia interessato alla storia della civilistica italiana non mancherà di scorgere la forte influenza esercitata sull' A. da G. Capograssi, da L. Mengoni, da P. Grossi e, nello stesso tempo, di considerare il debito da lui contratto, pur in una sorta di convinta contrapposizione al dogmatismo di stampo positivista, con i maestri della scuola romana (F. Santoro-Passarelli e R. Nicolò), e il ruolo giuocato da quelli che lui considera i propri compagni di strada (S. Rodotà, P. Barcellona, P. Perlingieri).

Ma ecco che il lettore, quasi senza accorgersene, è trascinato dalle notazioni meramente autobiografiche a confrontarsi con problemi di ben più ampio respiro e di più generale interesse: da quello concernente l'educazione, che il giovane giurista riceve nelle università, a quello delle sfide che gli attuali cultori del diritto civile si trovano a dover affrontare; sfide che nascono da tre diverse crisi, che, segnando il tempo presente, finiscono per congiungersi e condizionarsi reciprocamente, con la conseguenza che ogni tentativo di esaminarle partitamente non potrà che avere come punto di approdo la constatazione che ognuna di esse dovrà in definitiva rinviare alle altre due.

Tuttavia, vale la pena di farvi cenno, soffermandosi brevemente sulla crisi della statualità del diritto (internazionalizzazione), sulla crisi della centralità della legge (costituzionalizzazione) e del codice (decodificazione) e sulla crisi dello stesso metodo dommatico.

Lo Stato moderno nasce in seguito ad un processo di progressivo accentramento del potere nelle mani del Monarca, cui viene sostituendosi, in un secondo momento, la persona giuridica dello Stato, titolare unico del potere sovrano all' interno della comunità (*summa in subditos legibusque soluta potestas)* e che non riconosce alcun vincolo, che provenga dall' esterno della comunità e che, a sua volta, non derivi dalla sua libera ed autonoma accettazione.

Salvo che oggi si assiste non soltanto all' espandersi di organizzazioni internazionali in grado di imporsi allo Stato-ente e di regolare direttamente la vita dei suoi cittadini anche quando le regole sovranazionali contrastino con la volontà dello Stato medesimo, onde può dirsi che in certe materie è l'organizzazione internazionale a detenere il potere regolatorio delle relazioni interpersonali all'interno

della comunità ordinata a Stato. Ma questo fenomeno potrebbe in astratto ricondursi, come sostenuto da Lipari, alla volontaria rinuncia di una porzione di sovranità da parte dello stesso Stato-autorità. Ciò che più richiama, però, la nostra attenzione è quel diritto transnazionale, le cui norme non hanno origine dalla volontà degli Stati, ma derivano dalla tacita adesione degli operatori in certi settori dell'economia (*lex mercatoria)* o del mondo della comunicazione *(netlex)*. Si tratta di norme, che trovano la propria sanzione nell' esclusione del trasgressore dal mondo degli scambi ed il loro inveramento, più che nella territorialità e statualità della giurisdizione, in una sorta di giustizia arbitrale, che gli stessi privati vengono creando con i patti, che siano tra loro intercorsi.

Questo fenomeno di un diritto - la cui fonte non è il potere dello Stato-sovrano (o Stato-autorità o Stato-persona, che dir si voglia), ma piuttosto la stessa comunità, che sottostà all'organizzazione autoritativa (Stato-comunità o Stato-società, come che lo si voglia indicare) – si manifesta nel progressivo arretrare del potere impositivo dello Stato a fronte, per un verso, dell' autoregolazione dei propri rapporti da parte di vasti settori del mondo economico, per altro verso, dell' ampio spazio rivendicato dall' autonomia privata anche in settori, che in passato venivano ascritti al c.d. ordine pubblico; per altro verso ancora, della rivendicazione sempre più diffusa dei propri diritti da parte di singoli e gruppi, che tuttavia mal tollerano che l' autorità, che dovrebbe riconoscerli, ne regoli, poi, o ne limiti l' esercizio.

Se si vuole quest' idea del diritto che viene dal basso (teoria, su cui l'a. insiste in modo particolare e che si riflette inevitabilmente sulla teoria delle fonti normative, della quale nel libro si propone appena un abbozzo, che varrebbe la pena di approfondire nelle altre opere in cui l'a. ne propone lo svolgimento) si collega anche alla constatazione che "nella realtà del postmoderno…il legislatore è destinato ad arrivare per ultimo, limitandosi a registrare ciò che è già inesorabilmente avvenuto" (si cita come caso paradigmatico quello dell'affidamento fiduciario).

Il discorso a questo punto rimanda alle diverse suggestioni in tema di crisi della legislazione, fenomeno che l'a. ricollega all'affermarsi del più recente costituzionalismo.

Il costituzionalismo europeo contemporaneo viene, infatti, sempre più assimilandosi al costituzionalismo statunitense, per il quale la costituzione – a differenza di quanto ritenuto, invece, al di qua dell'Atlantico – non era e non è atto del Sovrano (sia esso il popolo o la nazione o il monarca) e non si colloca al pari di altri atti normativi, ed in particolare della legge, ad un certo livello della

gerarchia delle fonti (intese come atti di espressione esplicita o implicita della volontà dello Stato-persona), ma si configura invece, come un "patto tra tutti i cittadini", come un *bill of rights*, come *higher law*, naturalmente superiore ad ogni altro atto di volontà dell'autorità governante, e soprattutto alla legge, essendo il potere legislativo concepito semplicemente come un potere delegato. Ma, se così è, anche la Costituzione sarebbe idealmente da ascrivere a quel diritto nascente dal basso, che tende ad imporsi su ogni pretesa dello Stato-autorità di dettar regole per i rapporti tra i cittadini. È una pretesa, quella dell'autorità, che è destinata a cadere nel nulla, allorché i destinatari dei comandi si rifiutino di applicarli in nome di principii e valori costituenti la struttura portante della Costituzione. Conseguenza di questo modo di intendere il costituzionalismo è la necessaria esistenza di un controllo di costituzionalità di quelle leggi, che per forma e contenuto dovessero porsi in contrasto con quei principii e valori.

Si tratta di punti di vista che hanno faticato a farsi strada nell' Europa del secondo dopoguerra, dove permanevano ancora le idee giuridiche del c.d. costituzionalismo europeo, basato sulla centralità della legge, e soprattutto quella dell'attribuzione della sovranità ad un soggetto unico, fosse pur quest' ultimo il popolo o la nazione. In quest' ultimo tipo di costituzionalismo – sia detto *per incidens* - non mancavano di serpeggiare sotterraneamente impostazioni, che potevano avvicinarsi alle idee del costituzionalismo d'oltre Atlantico. Tuttavia, in Europa si è inizialmente affermata la tesi, per la quale la Costituzione non altro era che una legge particolare da imputare alla volontà dell'apparato governante, istituzionalmente rappresentativo di quel soggetto unico (popolo o nazione) titolare della sovranità: atto normativo da trattare alla stregua di qualsiasi altro atto-fonte, donde la difficoltà di concepire un controllo di costituzionalità delle leggi.

Oggi il costituzionalismo europeo viene sempre più assimilandosi a quello d' Oltreoceano. Del resto, tracce dell'influenza americana si trovano nel testo della stessa Costituzione italiana del 1948, che ha fatto da battistrada – si può dire! – al progressivo svilupparsi del nuovo costituzionalismo europeo. Lo confermerebbe la lettera dell'art. 1, primo comma, in combinato disposto con la nuova dizione del primo comma dell'art. 114, dove la parola Italia sta ad indicare una comunità di soggetti che vuole vivere secondo la forma di Stato repubblicana e dove lo Stato-apparato non è che una delle componenti di quella comunità. Non sarebbe un caso, del resto, che l'attuazione di una serie di diritti di cittadini afferenti ai rapporti etico sociali ed a quelli economici sia nel testo costituzionale demandata alla Repubblica, cioè alla comunità, e che il dovere di fedeltà del cittadino s' indirizzi verso la

"Repubblica" e non verso lo Stato. Ma il discorso rischia a questo punto di portare molto al di là dell'intenzione di chi scrive queste note, che vogliono ridursi alla mera presentazione del libro di Lipari.

Se a ciò si aggiunge che la nostra Costituzione, così come le costituzioni della maggior parte degli Stati europei, conosce il controllo di costituzionalità delle leggi, la subordinazione del potere legislativo ai principii ed ai valori contenuti in Costituzione ed l' irradiarsi di tali principii e valori nei più reconditi ambiti dell'ordinamento, si comprende come la storia contemporanea dei paesi di democrazia occidentale abbia ormai abbandonato la centralità della legge nel sistema delle fonti, per sostituirvi il principio (di natura del tutto diversa) della centralità della Costituzione.

Tale vicenda non poteva non riflettersi sul ruolo del Codice civile, che ha perso ormai la funzione, a suo tempo assegnata al *Code Napoléon*, di "costituzione civile" del Paese e che non è più in grado di esprimere una rete di norme coerenti, nella quale tutte le relazioni economico-sociali dei singoli cittadini possono trovare – attraverso un'adeguata interpretazione - la propria regola. Il Codice ha perso il ruolo, che ad esso assegnava il razionalismo di stampo illuminista, visto che il mondo di *civil law* si trova di fronte ad un caotico nascere di leggi settoriali, speciali, singolari, eccezionali, addirittura retroattive: il che giustamente ha fatto parlare di un processo di progressiva decodificazione.

Si profila così una normazione frammentaria, che insegue gli interessi emergenti in seno alla società, man mano che essi assumono un qualche rilievo agli occhi della classe politica, al punto che si è costretti talora a regolare con leggi casi singoli (c.d. leggine), con conseguente progressiva amministrativizzazione della legge, che tende ad assumere, in taluni casi-limite la funzione dell'atto amministrativo. La generalità ed astrattezza della legge sembra ormai un'aspirazione, che si è persa nelle nebbie di un passato ormai tramontato.

Certezza, coerenza, completezza dell'ordinamento si rivelano sempre più dogmi legati a trascorse e contingenti visioni politiche dell'attività legislativa e del modo di essere della stessa autorità governante, mentre il compito di assicurare coerenza e completezza della complessa rete di norme si trasferisce progressivamente al giudice. Quest' ultimo, di fronte ad una controversia, per un verso, non potrà in nessun caso esprimersi con un *non liquet* e, per altro verso, dovrà dimostrare attraverso quale processo argomentativo sia giunto ad una conclusione, che sia coerente con l'ordinamento normativo e con i suoi valori, e che possa trovare, in ogni caso, in quest' ultimo la propria giustificazione.

L’ordinamento non si può più dire coerente e completo: esso si fa coerente e completo nel momento in cui si confronta con il caso concreto. Lo stesso affidamento del cittadino nella certezza della legge è messo a dura prova di fronte a leggi aventi efficacia retroattiva, che superano però, il

vaglio di costituzionalità in nome della realizzazione di più stringenti (?) princìpi e valori costituzionali.

Pur consapevole delle dimensioni della crisi, l’a. ottimisticamente rifiuta sia le prospettive del nichilismo giuridico, con il suo rifugiarsi nella forma (dimenticando forse, che dietro le forme normativamente previste vi sono sempre valori da tutelare), sia la riduzione dell’ interpretazione a mera “esegesi”, facendosi, per parte sua, sostenitore di una teoria-dottrina dell’ interpretazione, che parte dal presupposto – che farà arricciare il naso non solo a coloro che propongono una visione cognitivista dell’ ermeneutica giuridica ed ai fautori del c.d. positivismo “esclusivo”, ma anche ai sostenitori di un positivismo “inclusivo” – che l’ interprete (ed in particolare il giudice) eserciti un ruolo *anche* creativo del diritto.

Come chi legge potrà constatare, ci si trova, a questo punto, al centro dell’odierno dibattito sull’ esperienza giuridica e sul *quid proprium* del diritto: il che esige “una riflessione sull’uso di un metodo nello studio del diritto”. Partendo, infatti, dall’irrinunciabilità alla progressiva giurisdizionalizzazione del diritto ed alla “partecipazione dei giudici al suo farsi”, Lipari sottopone ad una critica serrata l’idea che l’applicazione della legge al caso concreto derivi da una meccanica riduzione di quest’ultimo alla conformità ad una fattispecie astratta, rinvenibile attraverso un processo logico-deduttivo applicato al complesso degli enunciati legislativi largamente intesi. Egli, infatti, ipotizza che tale impostazione potrebbe “aprire la strada ad una giustizia tendenzialmente esercitata dalle macchine”, onde l’inseguire il mito di un diritto certo e prevedibile farebbe correre il rischio di “disumanizzare completamente la funzione del giurista”, mentre la sottoposizione del caso dedotto e della sua decisione al vaglio di ragionevolezza e lo spostamento dell’individuazione del precetto, applicabile alla fattispecie concreta, dal momento della posizione dell’enunciato normativo a quello “del suo concreto riconoscimento nel contesto storico dato”, consente di rispondere all’ esigenza diffusa che la soluzione del caso avvenga “in funzione di un criterio di giustizia condiviso”.

Detto diversamente, l’esercizio della giurisdizione e, più in generale, dell’applicazione della legge non può costituire l’esito di una lettura (sì pur approfondita) di un sistema di enunciati nella loro consistenza oggettiva, ma nasce da “un singolare *mix* esperienziale in cui gli enunciati normativi si saldano con assetti istituzionali e prassi applicative, giudizi di valore e tradizioni culturali…”.

Tale visione implica che la scienza giuridica elabori i propri concetti sulla base di un dato, che non si limita agli enunciati del c.d. diritto scritto, ma comprenda anche sia la giurisprudenza consolidata, formatasi su questi ultimi, sia la realtà economico-sociale, sia l'atteggiarsi della società civile sui fenomeni considerati e, non ultimo, la considerazione dell'etica sociale a riguardo.

La necessità di una diversa interpretazione giuridica, che non si rivolga esclusivamente al dato normativo, e di un nuovo metodo di elaborazione dei concetti giuridici aperto alle istanze di giustizia, che provengono dalla società civile, è sperimentata dall' A. su alcuni istituti, in ordine ai quali il tempo presente esige un cambio di prospettiva: la soggettività giuridica, la famiglia, il negozio fiduciario e l' affidamento fiduciario, il diritto dell' ambiente, la questione dei beni pubblici e dei beni comuni, il c.d. diritto contrattuale, il problema dell'incidenza del diritto europeo sullo strumentario, di cui si sono avvalsi sinora i giuristi, etc..

Un ultimo punto interesserà in modo particolare i lettori di questa rivista. Si tratta del passaggio, in cui Lipari s'intrattiene sui propri rapporti con l'UGCI. A tal proposito egli parte dall' idea che non esista "un modo cattolico di fare diritto", per dedurne la scelta di non aderire "ad una associazione che (specialmente nella stagione delle mie prime esperienze di professore) mi faceva spesso dimenticare il senso autentico della laicità, intendendo la fede come un dato fisso discendente da dogmi".

Chi scrive queste righe è ben lontano dal voler sollevare polemiche, ma deve essergli consentito di osservare:

1) Che dai tempi, cui Lipari si riferisce, molta acqua è passata sotto i ponti e che profondi mutamenti si sono determinati – come lo stesso Lipari riconosce – sia nell' atteggiamento della Gerarchia verso le associazioni laicali, sia nell' interpretazione del principio di laicità. A proposito di quest' ultimo, infatti, non solo deve riconoscersi il forte contributo, che proprio la Chiesa cattolica ha dato al suo nascere, ma anche che, nello Stato moderno e contemporaneo, esso si erge a difesa dei fedeli contro i tentativi totalizzanti del potere e contro la divinizzazione dello Stato-autorità.
2) Che contraddirebbe sé stesso il cattolico, che, esercitando una delle varie professioni giuridiche, non prendesse atto "dell'immanenza di un principio di giustizia nella stessa positività delle norme" e che non tentasse di correggerne l'interpretazione, allorché vedesse messo in pericolo proprio quest'ultimo principio.

Ma il lettore di queste note si domanderà, dopo tutto ciò che si è detto, quale sia nell' interpretazione di chi scrive quel certo *fil rouge,* che lega l'intera trattazione, anche perché, come si è già avvertito all' inizio di queste note, la scoperta di quel filo conduttore non può che esser rimessa alla sensibilità di quanti si diano carico di procedere in prima persona allo studio del testo.

Ora, il tema ricorrente, il vero *leit motiv* che ci è stato dato rinvenire nel libro è quello della necessità che il giurista vada sempre alla ricerca di un criterio di giustizia sostanziale. Si tratta di una ricerca che, a nostro avviso, anima il libro pagina dopo pagina; dalle quali si trae la testimonianza di come Lipari abbia cercato d' informare a questa ricerca tutta la propria attività di interprete del diritto positivo e di studioso, applicandosi all'elaborazione di concetti nuovi per la ricostruzione del diritto civile del nostro Paese nell'attuale contesto storico-sociale.

D.N.