



CARMELITA CAMARDI

*Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia*

## L'USO ALTERNATIVO DEL DIRITTO FRA TEORIA E PRASSI<sup>\*</sup>

SOMMARIO: 1. Il valore di una testimonianza. – 2. Il contesto dato e l'alternativa negli anni '70. Critica della tradizione, ideologia marxista e tentativo di fondare una "prassi". – 3. Dalla demistificazione alla ricostruzione. La critica della dogmatica. – 4. Dalla critica della dogmatica alla prassi emancipatoria fondativa di un nuovo diritto. a). I luoghi della prassi emancipatoria. b) Il nuovo Diritto dell'economia. – 5. Uso alternativo del diritto e Costituzione. – 6. In chiusura.

1. – Una riflessione sulla formula dell'*Uso Alternativo del Diritto* a 50 anni dal Convegno catanese che l'ha lanciata come bandiera non solo teorica di un certo modo di fare i giuristi<sup>1</sup>, richiede uno sguardo lungo e attento. Lungo, perché la distanza aumenta sempre la capacità di comprensione dei fenomeni. Attento, perché al di là dell'essere una bandiera issata da giuristi della cattedra e da magistrati, e al di là di talune critiche severe che le sono state rivolte, questa bandiera nascondeva aspetti di complessità che non possono essere sottaciuti e che successivamente in altre occasioni si è provato a riportare in evidenza (il Convegno palermitano del 2006 sugli *Anni Settanta del diritto privato*)<sup>2</sup>.

Vorrei allora provare a mettere in ordine questi aspetti e poi ad aggiornare una valutazione che possa – questa è la speranza – restituire a quel Convegno e alla sua proposta un ruolo nella storia della *iurisprudencia* italiana.

Nell'occasione di questa mia testimonianza, mi ripropongo non solo ricordare ciò che ho visto con i miei occhi – e quel che ho fatto nelle mie ricerche – negli anni immediatamente a ridosso del Convegno, ma vorrei anche provare a dare a questi ricordi una valenza non contingente, né meramente commemorativa, ma che sia utile a sollecitare una riflessione capace di riconoscere a quella esperienza la dignità di una stagione di studio, non importa se poi superata e non importa se superata attraverso un ripensamento, un pentimento o un riflusso. Quando dico una stagione di studio intendo una fase di pensiero della scienza giuridica, i cui prodotti di ricerca come tali vadano considerati dal punto di vista della rilevanza scientifica, anche da parte di chi del tutto legittimamente non li condivide nel metodo e nei contenuti.

Vorrei perciò cominciare trattando due aspetti tra loro connessi.

---

<sup>\*</sup> Il presente contributo riproduce il testo della Relazione tenuta al Convegno "L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo", tenutosi presso l'università di Roma La Sapienza il 16 dicembre 2022, e destinato alla raccolta dei relativi Atti.

<sup>1</sup> Rinviamo per ogni informazione agli Atti del Convegno, *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. BARCELLONA, I. *Scienza giuridica e analisi marxista*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973.

<sup>2</sup> I cui Atti sono raccolti nel volume a cura di L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.



Il primo è schiettamente scientifico, metodologico e –per così dire– autopoietico: i giuristi “alternativi” si guardano dentro, provano un senso di frustrazione, e non si riconoscono come tali, se non a prezzo di costruire quell’*alternativa* rispetto all’oggetto del loro pensiero, come ricevuto dalla tradizione ed al modo di manipolarlo.

Il secondo aspetto –strettamente conseguente– riguarda i confini del territorio assegnato alla riflessione sul diritto da parte dei giuristi.

I confini dell’ordinamento dato non sono ritenuti sufficienti a costruire quella legittimazione sociale che anche i giuristi sentono di dover cercare quale necessario riconoscimento della loro esistenza come ceto intellettuale. Essi si riconoscono in quanto intellettuali al servizio dichiarato di una “causa”, e in quanto tali decidono di saltare il fossato che –nell’organizzazione ormai complessa della società degli anni ’70– chiaramente separava quella professione intellettuale dalla politica e dalla società. È un salto che si oppone alla logica sistemica della differenziazione dei ruoli, e in tal senso conferisce al pensiero scientifico prodotto da quella scelta una valenza destinata a sopravvivere al successivo rientro nei ranghi: una valenza culturale e metodologica, ancora presente.

2. – Cominciando dal primo aspetto, provo a costruire alcuni riferimenti. Il contesto culturale degli anni ’70 vede ancora prevalente nella teoria e nella pratica il modello classico della ortodossia giuridica, caratterizzato dall’astrazione<sup>3</sup>, cioè dall’idea della neutralità e apoliticità del diritto e dunque del giurista, e dalla tendenziale oggettività dell’interpretazione, garantita da una dommatica storicamente legittimata dalla tradizione romanistica e sistematicamente orientata ad organizzare i procedimenti interpretativi nella direzione della conservazione e stabilità del sistema giuridico. Le impassibili Dottrine di Santoro Passarelli<sup>4</sup> ne rappresentano l’icona più elevata. Questo modello connotava principalmente l’esperienza del diritto privato e civile, ma non è difficile trovare i postulati che lo reggevano, dalla separazione dei poteri, al primato della legge, alla base dell’ortodossia propria del diritto pubblico e amministrativo, come anche del diritto commerciale; come pure –tratto non banale– del diritto del lavoro, non a caso spesso impartito da privatisti a dispetto dell’affermazione di scuole giuslavoristiche che ne rivendicavano –Statuto dei lavoratori alla mano– l’ormai acquisita autonomia dal diritto civile. Ma non solo di questo si trattava.

Sul versante più propriamente teorico-metodologico, facilmente tale ortodossia poteva ricondursi al fondamentale contributo di Norberto Bobbio, più lontano nel tempo, ma autorevolmente inteso a confinare il ruolo dell’interprete, nel nome del rigore scientifico della *iurisprudencia*, nell’analisi del linguaggio giuridico, cioè delle proposizioni del legislatore. Dentro le quali il giurista ha l’occasione di risolvere la sua frustrazione comparativa (al confronto con le altre scienze) e di recuperare la piena dimensione identitaria di scienziato, al pari di tutti gli altri scienziati della natura. Fuori da questo confine tale dimensione si perde.

Nel sostituire la verità delle scienze empiriche o formali con il rigore dell’analisi del linguaggio, Bobbio ingabbia il giurista nel perimetro delle regole e del contenuto regolato, sul presupposto che al di fuori delle proposizioni normative nulla ci sia che possa preservare la scientificità del discorso giuridico; non il diritto naturale, né la sociologia del diritto, che non sono scienze che possano legittimare il giurista nella platea degli scienziati<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 7 ss.

<sup>4</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

<sup>5</sup> N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342.



In antitesi a Bobbio, seppur con minor successo, la lezione bettiana indirizzava invece l'interprete a riconoscere quella che lui chiamava –nella *storicità del soggetto interpretante*– la “inversione del processo creativo nel processo interpretativo”. Il linguaggio da altri adoperato non può essere ricevuto così bell'è fatto, ma come un'esigenza di ricreare e ritradurre, nell'ineliminabile interferenza tra l'oggettività della forma rappresentativa e la soggettività dell'interprete<sup>6</sup>. Mentre Ascarelli, nell'analogo intento di liberare la norma dalla prigionia del testo, e senza alcuna specifica professione di fede, risolveva il diritto nell'interpretazione, la quale non è operazione meramente logico deduttiva, né può svolgersi attraverso un uso acritico ed automatico dei concetti tramandati; essa ha natura creatrice e non ricreatrice, assiologica e non solo logica, innovativa e non dichiarativa<sup>7</sup>.

Ebbene, questa indicazione ancorché così sommaria e sintetica del contesto culturale degli anni '70 non è indifferente –ad oggi– per spiegare la *vis* distruttiva dell'uso alternativo del diritto, e il suo essere *alternativo*, il suo voler essere *altro* dall'uso *normale* del diritto. Ed invero le suggestioni acquisite fino a quel momento non è che non permettessero di già la scelta fra diverse opzioni metodologiche: quanto antagonisti e alternativi fossero il modello ermeneutico di Betti e quello storico-creativo di Ascarelli (che nessuna fede ermeneutica professava) da una parte, rispetto a quello positivistico e formale di Bobbio, dall'altra, non è tema che necessita di molte argomentazioni. Eppure, i promotori di quel convegno nessuna menzione fanno di queste scuole e di questi orientamenti di pensiero, i quali confluiscono nell'unica valutazione della tradizione giuridica che viene data e che netta appare nella relazione a sfondo storico di Giovanni Tarello<sup>8</sup>. Ed è qui il punto. Ciò che viene colto in seno al panorama teorico di quel momento non è tanto l'alternatività dell'orientamento ermeneutico rispetto a quello dommatico, quanto il fatto che sia l'uno che l'altro si presentavano pur sempre come metodologie che esauriscono la loro efficacia sul piano della teoria del diritto, che operano sulla concezione della regola e sulla costruzione del regolato. In tal modo, il giurista “tradizionale” appariva pur sempre come interprete la cui attività è principalmente finalizzata alla soluzione del caso concreto, indipendentemente dal fatto che si ammetta o meno che possa giungersi a soluzioni omogenee o diverse, sul piano – non sempre alla stessa maniera valorizzato– della cosiddetta certezza del diritto. Ricordo ad esempio che Ascarelli si faceva vanto di cambiare idea sullo stesso problema, mentre Betti non faceva mistero di considerare la completezza dell'ordinamento come un obiettivo possibile piuttosto che una premessa del discorso interpretativo. Ma è proprio questo il bersaglio dell'uso alternativo: questo essere la scienza del diritto ... una *scienza teorica* del diritto, una dimensione del pensiero, niente di più e niente di altro.

Ma perché questo bersaglio?

Sono due le motivazioni che posso ipotizzare, da porre in una *consecutio* non logica ma ideologica.

La prima è rinvenibile in toni forti nelle dichiarazioni di apertura di Pietro Barcellona<sup>9</sup>, come nei contributi di Tarello e Ferrajoli<sup>10</sup>. Ed è quella per cui l'assetto dato dell'ordinamento vigente insieme con l'in-

<sup>6</sup> È sufficiente in questa sede il rinvio a E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*. Prolusione al corso di diritto civile pronunciata il 15 maggio 1948, ora in *Riv. Italiana scienze giuridiche*, 5, 2014 11.

<sup>7</sup> Ci si permetta sul punto di rinviare al nostro contributo *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Riv.trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 69.

<sup>8</sup> G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, cit., 61 ss., che parlava di “sterilizzazione” della funzione politica del giudice e deresponsabilizzazione del giurista interprete a causa della subordinazione della magistratura al potere legislativo e della rappresentazione ideologica dell'interpretazione come attività tecnico-meccanica. E non si vede in ciò – lamentava Tarello – l'esercizio di una funzione politica servente del potere e un ruolo ancillare e tutt'altro che indipendente della magistratura.

<sup>9</sup> P. BARCELLONA, *Introduzione* al vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, cit. *passim*.



dicato connotato teorico della scienza giuridica sarebbero alla base della sterilizzazione della funzione politica del giudice e della deresponsabilizzazione del giurista interprete, in ragione della subordinazione della magistratura al potere legislativo e della rappresentazione ideologica dell'interpretazione come attività tecnico-meccanica, o logico-analitica.

Vi sarebbe in ciò, secondo tale visione, l'esercizio di una funzione servente del potere e la riduzione della magistratura ad un ruolo ancillare e tutt'altro che indipendente. C'è un concetto, una parola, che riassume questa visione della teoria e della scienza giuridica: è il concetto di "demistificazione", la ricerca di una verità da contrapporre ad un'altra verità, falsa e mistificante, quella dell'autonomia, della certezza e della neutralità del diritto, e della indipendenza della magistratura; alla quale invece si contrapponeva, svelando la mistificazione, la verità "vera" di un asservimento al potere esercitato dalle classi dominanti<sup>11</sup>.

Ed è qui che si costruisce in maniera complessa la seconda motivazione della *vis distruttiva* sviluppata contro la dottrina tradizionale. Essa non solo è ritenuta essere nient'altro che una teoria e una mistificazione (invero questo solo argomento basterebbe a sviluppare un'altra teoria, ma non è questo lo scopo del movimento), ma anche una tecnica che – ove non svelata e combattuta – continuerebbe a perpetrare silenziosamente ma irrimediabilmente i suoi effetti negativi sulla società, perpetuando il medesimo assetto di potere sociale, con le sue contraddizioni e le sue ingiustizie.

L'argomentazione invero sarebbe incomprensibile se non si evidenziasse un passaggio ideologico che fin qui ho taciuto, e che adesso va invece valorizzato. La critica del modello tradizionale in chiave di disvelamento, infatti, è filtrata pressoché esclusivamente dall'ideologia marxista, dall'adozione di taluni schemi della filosofia marxista che la guidano verso l'identificazione del diritto moderno e della scienza giuridica che lo assume ad oggetto teorico del suo pensiero quale forma –sovrastuttura dovrei dire– del capitalismo, dell'assetto borghese imposto alla società attraverso quegli strumenti (dalla proprietà privata al contratto) e quegli obiettivi (il mercato, la mercificazione e il profitto) la cui legittimazione è affidata al modello dello Stato di diritto e per questa via alla scienza giuridica<sup>12</sup>.

Senza questa premessa ideologica, non si comprende il passaggio fondamentale della critica operata dall'uso alternativo del diritto: e cioè la proposta di affiancare, se non addirittura di sostituire la teoria del diritto con una nuova *prassi del diritto*, la quale –rinunciando al sistema dato– sia in grado di produrre ciò che la teoria impedisce di realizzare: l'emancipazione dei subalterni, la liberazione dal giogo del profitto privato, quell'uguaglianza che la stessa Costituzione impone di realizzare non soltanto davanti alla legge, ma – per l'appunto – nella prassi dei rapporti sociali<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Per il contributo di TARELLO vedi *supra*, nota 3, cui adde L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto, I, Scienza giuridica e analisi marxista*, cit., in particolare, 105, 115 ss., a proposito del ruolo di rottura riconosciuto a Magistratura democratica per aver fatto emergere quella che viene chiamata "omertà di casta" del ceto giudiziario e della giustizia borghese.

<sup>11</sup> Così P. BARCELLONA, *Introduzione*, cit., *passim*; il cui pensiero su questo punto si legge più estesamente nell'*aureo* libretto di P. BARCELLONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973, 9, 34, 85 ss.

<sup>12</sup> R. GUASTINI, *Fondamenti teorici dell'uso alternativo nel marxismo*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, 10 ss.; e in senso critico F. LEONARDI, *Uso sostantivo, precettistico e metodologico dell'analisi marxista nell'esperienza giuridica*, *ibidem*, 75, 78 ss. Su questo aspetto, vedi anche le considerazioni di N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 144 ss.; L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, 57 ss.; M. COSSUTTA, *Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, 36, 47 ss.

<sup>13</sup> P. BARCELLONA, *Uso alternativo e riserva di liceità per prassi emancipatoria*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., vol. I, 129 ss.; ma già nella *Introduzione* a questo volume, VI ss.; F. GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 137 ss.



Sarebbe forse un errore, tuttavia, valutare la proposta dell'uso alternativo del diritto semplicemente mettendone in rilievo la connotazione politico-ideologica derivante dall'adesione alla prospettiva marxista, allora incarnata da un partito politico –il PCI– che si candidava alla guida della società<sup>14</sup>. Ovvero, per dirla con altre parole, non è questa la prospettiva che mi interessa mettere in rilievo 50 anni dopo.

Ciò che trovo ad oggi degno di interesse, anche come impulso di riflessione per le giovani generazioni che non hanno vissuto quella stagione di cultura, è un'altra cifra, ahimè non me ne voglia nessuno, che è ancora una volta una cifra teorica. E ci avviciniamo così a quel secondo aspetto che avevo annunciato voler essere oggetto di questa mia testimonianza. Ed infatti, non è tanto il richiamo del marxismo che muove il movimento; quanto piuttosto la messa in discussione della separazione tra diritto e politica, la rivendicazione cioè al ruolo del giurista del compito di fondare accanto ad una teoria del diritto e dell'interpretazione anche una PRASSI SOCIALE; l'idea cioè che il pensiero scientifico non possa da solo legittimare lo scienziato, ma che questi debba invece trovare la sua legittimazione sociale, e dunque la sua ragione d'essere, anche nei confronti della società alla quale si rivolge; l'idea, ancora, che le geometrie o le finenze concettuali debbano produrre un risultato sociale idoneo a cambiare, o semplicemente a partecipare del cambiamento sociale in una direzione più "giusta".

Questa aspirazione è la chiave di tutto. Come accennavo all'inizio, vi è qui più che una critica, una frattura o un tentativo di infrangere quella sistemazione delle società complesse che passa attraverso la riduzione della complessità e delle contraddizioni che rischiano di destabilizzarla. E noi sappiamo che la riduzione della complessità –intesa come sedazione dei conflitti– passa attraverso la separazione dei sottosistemi e dei relativi ruoli; quindi principalmente attraverso la separazione tra politica, etica, giustizia ed economia proprio attraverso il diritto, che a sua volta si separa dalla politica, come dall'economia, ma in qualità di garante di tutte le separazioni e dell'equilibrio che per questo tramite si vuol realizzare.

Ora, il passaggio dall'autonomia e neutralità del giuridico alla mischia della prassi politica è un passaggio di confine, anzi un abbattimento di confine tra due territori pensati come separati. Al giurista la sapienza delle norme, con la scientificità dei suoi metodi. Al politico la gestione della prassi.

Ma il giurista che rinuncia al sistema teorico per candidarsi a gestire una prassi è una sfida<sup>15</sup>.

**3.** – Se questa è la cifra della proposta, manifestata nel Convegno di Catania ma in realtà sviluppata per circa tutto il decennio, un elemento successivo di riflessione concerne allo stesso tempo il ruolo del marxismo ed il modo in cui quei giuristi si proponevano di sanare l'*impasse* generata dal rifiuto del sistema dato, in particolare quella sorta di "orfanità dell'oggetto" che inevitabilmente il salto dalla teoria alla prassi determinava nell'identità sociale del giurista.

Cosa oltre le norme? Il rischio era quello che Bobbio paventava, cioè il nulla, un vuoto per esorcizzare il quale egli moltiplicava pur sempre e soltanto i cerchi delle proposizioni linguistiche cui il giurista doveva attingere anche quando la sua interpretazione necessariamente si faceva analogica, storica o sistematica, per poter superare i limiti della lettera della legge<sup>16</sup>. Ma questo metodo ovviamente non bastava a sanare l'orfanità, o la frustrazione, generate dal salto nella politica e nella giustizia. Anzi, la drammatizzava.

<sup>14</sup> A. LA SPINA, *Le politiche di sinistra e il diritto*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 29.

<sup>15</sup> Ciò è quanto con maggiore chiarezza emerge dall'applicazione dello schema dell'uso alternativo ai cosiddetti diritti speciali, come il diritto del lavoro. Vedi sul punto F. MAZZIOTTI, *Usa alternativo diritto del lavoro*, vol. I, 196, 204 ss.; S. RODOTÀ, *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati nell'intervento pubblico*, *ibidem*, 230, 249.

<sup>16</sup> N. BOBBIO, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, cit., 359, sul presupposto (esplicito, 353) che al di fuori dell'analisi del-



Mi pare allora che la proposta dell'uso alternativo del diritto sia quella di leggere ed assumere come oggetto *sub specie iuris* ciò che la demistificazione costruita nel canone marxiano aveva portato alla luce, una volta squarciato il velo di quella ortodossia che il giurista tradizionale custodiva quale confine insuperabile tra diritto e politica, fra teoria e prassi. Io credo che qui stia il nucleo metodologico di quella proposta e forse anche la sua attualità. Squarciato il velo dell'astrazione e della neutralità, emergono nella loro brutalità le contraddizioni sociali e gli antagonismi, le disuguaglianze in tutte le loro forme, le discriminazioni personali, le differenze di sviluppo, il potere dell'impresa, la subalternità del lavoro e dei consumatori, come tutte le figure di coloro che si appropriano di quote di ricchezza senza produrle (dai tagliatori di cedole ai *rentiers*) e di coloro che invece le cedono.

La *prassi politica* che si vuol sostituire ad una teoria del diritto che nasconde queste contraddizioni si riempie perciò di contenuto analitico: quello che dissolve e destruttura il generale pregiudizio dell'astrazione giuridica nelle singole mistificazioni operate dagli istituti giuridici; e quello che ricostruisce poi le contraddizioni così disvelate in una forma che ne contiene una proposta di superamento attraverso il diritto, come vedremo, su traiettorie diverse che privilegiano diversi "luoghi" nei quali innestare le proposte riformatorie. Qualche esemplificazione può chiarire il ragionamento.

Sul piano più propriamente analitico, voglio innanzitutto ricordare la critica della teoria del negozio giuridico, uno dei risultati con i quali perfino chi ha lanciato strali di fuoco contro l'uso alternativo del diritto deve fare i conti, pena la propria credibilità perfino come tecnico del diritto. Squarciato il velo del dogma volontarismo e della parità dei contraenti, emergono gli antagonismi, emergono contratti senza volontà, scambi senza accordo, per adesione, a contenuto vincolato, contratti veicolo di dipendenza economica e subordinazione, tutt'altro che manifestazione di libertà. Una complessità di rapporti conflittuali che ancora oggi noi tutti, debitori di quell'operazione concettuale, ci sforziamo di ripensare alla luce di una normativa che più non intende – né potrebbe – nasconderli<sup>17</sup>.

Voglio ricordare anche la critica della responsabilità civile, ancorata tradizionalmente alla tutela esterna della proprietà privata da una parte, e ad una visione soggettivistica dell'illecito, dall'altra; e incapace di esprimere e disciplinare le contraddizioni aperte dall'incedere drammatico della società del rischio, indotta dalla inevitabile dannosità e pericolosità dell'attività industriale verso la natura, gli uomini e le cose<sup>18</sup>. O la critica della società per azioni intesa a far emergere dal neutro principio plutocratico le contraddizioni e gli antagonismi tra capitale e rendita, tra profitto e risparmio, occultate nella formula neutra dell'interesse sociale<sup>19</sup>.

Operazioni concettuali ancora imprescindibili, generate in quel clima e in quel contesto di riflessioni da Maestri partecipi dell'esperienza che stiamo ricordando.

4. – Ma questo non è tutto. Ben più che la riscrittura degli istituti codicistici in chiave di funzione politica, la costruzione di una prassi politica emancipatoria intesa a disvelare i limiti conoscitivi dell'ortodossia giuridica affronta nodi ben più importanti: quello connesso all'individuazione dei "luoghi" nei quali fondarla e

---

le norme la scienza giuridica non possa più ritrovare se stessa come scienza: ciò che spingeva l'illustre maestro a dire che tutto ciò che indaga l'origine, il fondamento o la funzione della regola non appartiene alla ricerca del giurista, dal diritto naturale alla sociologia del diritto.

<sup>17</sup> F. GALGANO, voce "Negozio giuridico (dottrine gen.)", in *Enc del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 932 ss.

<sup>18</sup> Qui è d'obbligo la citazione di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, ora 2023.

<sup>19</sup> Ancora F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Bologna, 1972.



implementarla. E quello connesso al disvelamento dello sviluppo di un altro “diritto”, vigente ma non ancora portato a sistema, capace – esso solo – di smentire il mito dell’astrazione e della neutralità delle forme giuridiche.

## a) *I luoghi della prassi emancipatoria*

Cominciamo dal primo. L’emersione delle contraddizioni sociali offre il terreno per diverse possibili prassi<sup>20</sup>, primariamente quella che invoca un nuovo diritto, e perciò il ruolo del parlamento, chiamato ad abbandonare esplicitamente la regola della neutralità e a prender partito per l’emancipazione. L’esperienza dello Statuto dei lavoratori, con i suoi strumenti di tutela e la valorizzazione della funzione sindacale, evidenzia finalmente l’abbandono della mistificante ricostruzione del rapporto di lavoro come mero contratto di scambio tra salario e lavoro, e permette contestualmente di liquidare quelle grottesche ricostruzioni del diritto di sciopero come diritto potestativo o addirittura negozio di attuazione del contratto di lavoro. Testimonianze di una dogmatica ideologica sulla quale, invero, non servono molti commenti<sup>21</sup>.

Vi è poi chi contrappone alla prassi politica come prassi legislativa un più rivoluzionario concetto di prassi emancipatoria vera e propria, da giocarsi nelle aule dei Tribunali. Mi riferisco alla promozione di nuove prassi collettive emancipatorie da assumere come fonte creativa di situazioni giuridiche soggettive rilevanti, teorizzando l’esistenza di una sorta di “riserva di liceità” per quelle prassi intese a rimuovere gli ostacoli di cui all’art.3 Cost., e a realizzare *di fatto* – e in termini di eguaglianza sostanziale – obiettivi realmente emancipatori. Ad esempio, si giustificava con tali argomenti, e con lo scopo di restituire agli esclusi la dignità sociale, l’occupazione senza titolo di edifici disabitati, ma anche la stessa prassi sindacale, come modello di conflitto collettivo che sta fuori dal diritto privato e dal pubblico<sup>22</sup>.

## b) *Il nuovo Diritto dell’economia*

La seconda prospettiva, più sistematica, restituisce invece la proposta di assumere ad oggetto di studio e rielaborazione tutti quei settori della legislazione la cui incontestabile estraneità ai canoni del diritto liberale moderno ne produceva di fatto l’iscrizione ad una sorta di limbo metodologico e teorico, inattuabile per i puristi del diritto civile, del diritto commerciale o del diritto pubblico e amministrativo. Mi riferisco – e qui non parlo solo da testimone ma in certo senso anche da protagonista – a quel “diritto dell’economia” che per l’appunto sfidava tutti i canoni dell’ortodossia giuridica liberale, per essere frutto non della neutralità dello Stato liberale e “guardiano”, ma del suo massiccio interventismo nell’economia e nel mercato; non della rigida separazione tra pubblico e privato, ovvero tra diritto privato e diritto commerciale, ma di una commistione di forme inspiegabile e irriducibile alle categorie che, ad esempio, contrapponevano rigidamente gli enti del libro I e quelli del libro V, ovvero fondazioni e imprese, associazioni e società; o ancora funzioni politiche e funzioni economiche. Per non peccare di astrattezza, sto pensando alla disciplina delle partecipazioni statali, a quella del finanziamento pubblico delle imprese, alle banche pubbliche nelle loro varie forme, ovvero ancora a quegli ordinamenti separati, come l’ordinamento bancario, che una rigida partizione settoria-

<sup>20</sup> Vedi una sintesi in P. BARCELLONA, *Introduzione a L’uso alternativo del diritto*, cit. vol. II, X, XI.

<sup>21</sup> E. RUSSO, *Linee di una nuova dogmatica*, in *L’uso alternativo del diritto*, cit., vol. II, 123, un contributo che non manca di sottolineare l’importanza della dogmatica costruttiva (104).

<sup>22</sup> Sul punto vedi le proposte di P. BARCELLONA, *Uso alternativo e riserva di liceità per prassi emancipatorie*, cit. 129 ss.; riprese nel contributo di L. BARBIERA, 147. Sul primato della Costituzione, quale bandiera teorica e politica di quegli anni, si veda L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, cit., 9 ss.



le degli studi giuridici escludeva dalla tradizionale elaborazione concettuale del privatista, del commercialista o dell'amministrativista, sprovvisti di strumenti analitici idonei a ricondurli a sistema<sup>23</sup>.

Ma ciascuno di questi settori dell'ordinamento (che chissà perché venivano definiti "speciali"), mentre svelava l'incoerenza delle relative discipline con i postulati dello Stato di diritto liberale, ne disvelava (di quest'ultimo) tutte le contraddizioni e gli antagonismi endogeni ed esogeni. Aspetti che solo una scienza giuridica alternativa poteva invece mettere a tema e fare oggetto di una teoria prima, e di una prassi dopo, capace di affrontare con consapevolezza ciò che nel futuro è puntualmente avvenuto: una serie di riforme che hanno transitato la stessa teoria dello Stato liberale dalla modernità alla post modernità dello Stato regolatore.

La scoperta del "diritto dell'economia" fornisce argomenti, ad esempio a Rodotà, per smontare il pregiudizio della monoliticità dell'ordinamento e dichiarare che il sistema giuridico non può essere riguardato come schema compatto, ma come entità discontinua in cui trova espressione la logica antagonista delle forze produttive; ma altresì per dislocare nella sede legislativa la realizzazione dell'uso alternativo del diritto<sup>24</sup>. Mentre formule come quelle del "Governo democratico dell'economia", ovvero del "Controllo sociale delle attività private" esprimevano l'intento di offrire modelli alternativi sia al libero mercato, che alla gestione burocratica di quegli "apparati di mediazione" dei quali lo Stato si serviva per realizzare la propria strategia economica<sup>25</sup>.

Ugualmente, la prospettiva del diritto dell'economia offriva il destro per integrare la proposta ricostruttiva di talune categorie e istituti del diritto privato nella medesima direzione: quella di mostrare una volta di più la necessità di abbandonare la metodologia dell'astrazione concettuale con la quale le innovazioni normative venivano risucchiate nelle categorie tradizionali ed occultate quindi nel loro essere espressione della rottura di vecchi modelli. Penso, ad esempio, alla teoria del mutuo di scopo, con la quale si annacquava nella mera revisione del concetto di causa del contratto – "colorata" e non più indifferente all'uso che il mutuatario avrebbe fatto del denaro mutuato –<sup>26</sup> la complessità del credito agevolato alle imprese, intervento espressivo di un antagonismo tra sistema bancario e sistema produttivo, mediato dallo Stato attraverso il sostegno pubblico del tasso di interesse.

Ecco, nel mettere a tema questa fenomenologia normativa nella chiave dell'antagonismo sociale gestito con nuove formule dell'azione pubblica, la metodologia dell'uso alternativo conduceva la propria battaglia contro l'ortodossia giuridica, offrendo al giurista nuovi oggetti e nuovi obiettivi in linea con l'esigenza di perseguire un'ipotesi di giustizia ed un più significativo livello di legittimazione sociale.

**5. – C'è infine un elemento del quale finora ho fatto solo un rapido cenno, e che adesso va correttamente inserito nel progetto scientifico e nella costruzione delle prassi emancipatorie nelle quali l'uso alternativo del**

---

<sup>23</sup> Per queste considerazioni si rinvia a quanto più analiticamente osservato da chi scrive nella *Relazione di sintesi* al Convegno Gli anni settanta del diritto privato, nell'omonimo volume, cit. 484 ss.; ma vedi anche L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, cit., 12 ss.

<sup>24</sup> S. RODOTÀ, *Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati nell'intervento pubblico*, cit., 229, ss.

<sup>25</sup> Evidente il riferimento ad alcuni dei volumi che in quella stagione rappresentavano la punta più alta della metodologia ricostruttiva di cui parliamo: AA. VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, 1976, inteso a ricostruire in termini propositivi un modello di amministrazione dell'economia alternativo alle vecchie concezioni privatistiche del mercato e dell'attività produttiva; e sulla stessa cifra, S. Rodotà (a cura di), *Il controllo sociale della attività private*, Bologna, 1977.

<sup>26</sup> M. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, vol. I, 1961, 483.



diritto si riconosceva: ed è l'argomento costituzionale. Il richiamo dell'art. 3, comma 2, come delle altre norme e principi che nelle varie sedi valorizzano la dignità delle persone, i diritti sociali e l'eguaglianza sostanziale, costituisce il presidio ultimo che fonda l'intera costruzione, per essere essa stessa espressione di un modello sociale alternativo a quello borghese incarnato nei codici. In tal senso, il richiamo della Costituzione fornisce un fondamento sicuro per una teoria critica del diritto, ma anche per una prassi che assuma come suo obiettivo un'idea laica ed egitaria di giustizia.

Quale sia stata e sia ancora la rilevanza dell'argomento costituzionale nell'interpretazione e quale sia l'importanza dello stesso nelle diverse teorie della *Drittwirkung* è fatto troppo noto perché se ne debba dire qualcosa in questa sede, salva una notazione che invece ritengo debba essere svolta. A ben riflettere, infatti, è proprio l'utilizzo dei principi costituzionali che rende possibile ancora oggi pensare all'uso alternativo del diritto come ad una stagione che un suo ruolo ha giocato nella controversa partita storica della scienza giuridica<sup>27</sup>. Ed infatti, come collocare ad oggi le prassi con le quali, alla luce delle Carte dei diritti fondamentali (la nostra inclusa), associazioni o soggetti privati conducono le loro battaglie per quei diritti della persona che il legislatore non vuole riconoscere? E come definire le decisioni dei giudici che le supportano creando una riserva di liceità –ad esempio per il suicidio assistito o per il riconoscimento dei figli generati da GPA– in presenza di condizioni che ragionevolmente le giustificano, bilanciando i diversi principi?

Certo, 50 anni fa l'uso alternativo del diritto si appoggiava ad una corrente politica forte e strutturata nel sistema socio-economico e in quello politico, come portatrice di una logica di classe. Ciò che non può dirsi oggi dei movimenti di opinione che danno vita alle prassi indicate, trasversali e privi di supporti strutturati. Ma una riflessione intesa a verificare se anch'essi si facciano portatori di una prassi emancipatoria meriterebbe forse di essere iniziata.

6. – Vorrei da ultimo dire qualcosa sulle critiche che la proposta dell'uso alternativo ha ricevuto. Alcune ironiche, altre feroci, altre di mera perplessità, e non c'è il tempo in questa sede per raccontarle tutte<sup>28</sup>. Mi limito solo a ricordare, nel rispetto del pluralismo valutativo che ciascuno di noi deve all'altro, che non sarebbe appropriato collocare quella esperienza nella dimensione del contingente e del transitorio, se non per i legami più strettamente politici instaurati con taluni gruppi e partiti. Ma al di là questo, l'elemento del disvelamento o della demistificazione della funzione politica del diritto liberale e dell'interpretazione che su di esso si conduceva, unitamente all'apertura della riflessione giuridica a territori non ortodossi, non rappresentano aspetti transeunti e casuali del pensiero giuridico, ma momenti identificativi del suo processo di sviluppo sul piano metodologico e sistematico. Come tali a tutt'oggi rilevanti.

<sup>27</sup> Mi sembra su questa linea N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto*, oggi, cit., 148 ss.; e già L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., 18, che parla di un "lascito", quantomeno a proposito del disvelamento di una delle narrazioni del diritto moderno che vorrebbe l'ordine consegnato al dominio della natura (20).

<sup>28</sup> A parte le più recenti valutazioni di LIPARI (*supra* nota 25), nell'immediato ed anche ai giorni nostri le valutazioni sono di segno assai critico; e vedi per una sintesi ancora N. LIPARI, *op. cit.*, 150 ss., con riferimento ai giudizi di NICOLÒ, SANTORO PASSARELLI, SCARPELLI; F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., 146 ss. Più nello specifico, si vedano poi i più severi giudizi critici di N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 44; P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, 62; P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, Milano, 2021, 107 (che parla di "fiammata effimera"); e poi il ripensamento dello stesso P. BARCELLONA, *Dialoghi fra generazioni...a proposito dell'uso alternativo del diritto*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra dogmatica e riforme legislative*, Milano, 1989, 985 ss.