

Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto¹

Francesco Di Ciommo

SOMMARIO: 1. Benessere ed insicurezza. – 2. Sottovalutazione dei rischi ed illusione di sicurezza: il «caso Internet» ed il caso dei mercati finanziari. – 3. Il ruolo del diritto di fronte all'insicurezza nelle moderne economie di mercato. – 4. Il diritto in cerca di metodo. – 5. La certezza (graduabile) del diritto come valore imprescindibile. – 6. Responsabilità del diritto e «principio di responsabilità» come criterio guida. – 7. Il caso delle biotecnologie.

1. J.K. Galbraith, già nel 1958, nel suo celeberrimo «*The Affluent Society*»², spiegava come la grande crisi economico-finanziaria degli anni Trenta avesse trasformato la mentalità diffusa tra gli economisti del tempo, i quali, sino ad allora, avevano ritenuto che l'aspirazione verso una maggiore sicurezza economica fosse un grave ostacolo all'incremento della ricchezza del mercato. Questa tesi era strettamente correlata all'idea che l'insicurezza della società a base competitiva costituisse un fattore essenziale della sua efficienza, in quanto, nell'assunto, l'imprenditore che vede costantemente a rischio i propri investimenti, e sa di non poter contare su nessuna forma di garanzia, assicurazione o sussidio, è costretto a massimizzare la sua diligenza competitiva e, dunque, produce beni migliori e li mette sul mercato a prezzi più bassi, o comunque alle condizioni che meglio incontrano le disponibilità e le esigenze dei consumatori, nel contempo premurandosi di diminuire il più possibile le fonti di

¹ La riflessione che si propone in questo breve saggio – e che nella sua ultima parte riprende considerazioni svolte già nel mio *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003 – è per ben due versi legata al Prof. Davide Messinetti. Da un lato, infatti, essa nasce per essere inserita negli scritti in suo onore ed è oggi pubblicata negli «*Studi in onore di Davide Messinetti*», a cura di F. Ruscello, vol. II, Napoli, 2009. Dall'altro, la stessa costituisce il distillato di considerazioni e studi in tema di responsabilità e metodo del giurista nel terzo millennio, sui quali, negli ultimi anni, chi scrive ha avuto il privilegio di potersi confrontare, a più riprese, con il Prof. Messinetti nel corso di pomeriggi romani, trascorsi davanti ad una tazza di caffè e ad un frollino, tra Via delle Carrozze e Piazza delle Muse. Piace, a questo riguardo, ricordare che U. Breccia, tracciando magistralmente le linee essenziali dell'itinerario intellettuale di Davide Messinetti, nel suo *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, in «Riv. dir. civ.», 2008, II, 149, ha recentemente osservato come «Negli ultimi anni gli studi di Davide Messinetti sono stati dominati, con notevole forza, da un motivo conduttore [che] ben si può riassumere nei termini di un primato del confronto con il problema della responsabilità che incombe, in forme nuove, sul pensiero giuridico contemporaneo».

² Jhon Kenneth Galbraith, *The Affluent Society*, Boston, 1958, con prima trad. it. di G. Badiali e S. Cotta, *Economia e benessere*, Milano, 1959.

rischio esogeno per la sua attività; allo stesso modo, i lavoratori consapevoli della precarietà del proprio posto di lavoro avrebbero un grande incentivo ad operare sempre al meglio, così come gli operai che non possono contare su forme di assicurazione o di previdenza dovrebbero essere più attenti ad evitare sinistri per loro dannosi. In definitiva, prima della «grande crisi» si credeva che l'individuo dovesse sempre avere, accanto all'allettante prospettiva di guadagni, anche la minaccia di disastri economici, perché ambedue questi elementi erano essenziali; se fosse stato eliminato l'aspetto minaccioso sarebbero venuti meno buona parte degli incentivi che stimolano l'attività umana.

La teoria in parola viene, senza mezzi termini, sconsigliata da Galbraith, il quale ne dimostra empiricamente l'infondatezza, finendo per bollarla come: «forse l'equivoco più grosso nella storia delle idee economiche [...] un equivoco in cui cadevano contemporaneamente sia i marxisti che gli economisti ortodossi»³.

L'equivoco, a ben vedere, nasce probabilmente dal fatto che, in effetti, in una società povera, nella quale le risorse a disposizione sono poche e mal utilizzate, i singoli individui hanno molto più interesse ad escogitare meccanismi di produzione della ricchezza, che meccanismi di tutela della ricchezza già posseduta. Ragionando, dunque, su un'economia ed un mercato di tal fatta, è plausibile pensare che l'insicurezza generi efficienza semplicemente perché essa, pur esponendo i beni posseduti a rischio, vista l'esiguità di questi non è percepita dai consociati come un fardello, bensì, per l'appunto, come lo stimolo a darsi da fare per produrre ed avere di più. Inoltre, in una società povera, investire le poche risorse disponibili per conservare e difendere ciò che si ha, riduce evidentemente le possibilità di produrre nuova ricchezza ed appare, dunque, una scelta inefficiente.

Viceversa, in un'economia ricca, e cioè in un mercato evoluto che viene alimentato da fonti di produzione complesse in grado di moltiplicare le sinergie, le economie di scala, i prodotti, le utilità per i consumatori e, di conseguenza, i profitti per le imprese – in una parola, in un mercato, più o meno eterodiretto che sia, capace di produrre benessere – sia i consumatori, che i lavoratori, che gli imprenditori, danno grande rilievo al problema della sicurezza, propria e dello stesso mercato che dà loro benessere, fino al punto che, non appena avvertiranno il timore

³ Galbraith, *op. cit.*, 136.

di essere loro e/o il mercato poco sicuri, o semplicemente meno sicuri di un tempo, cominceranno ad adottare modelli comportamentali via via più prudenti, che spesso diverranno fin troppo prudenti, sino a sfociare, in presenza di determinate condizioni ambientali, nella pura irrazionalità che determina, su larga scala, la contrazione del mercato⁴. Al contrario, nei settori che vengono avvertiti come maggiormente sicuri, e cioè meno rischiosi (indipendentemente dal fatto che lo siano davvero), i consociati investiranno di più anche se i margini di guadagno attesi fossero inferiori ad altri settori considerati più rischiosi.

Al di là dell'efficacia che nel brevissimo periodo possono avere sulla sensazione di sicurezza avvertita dai consociati proclami mediatici o un generale momento di effettiva stabilità e prosperità, a parere di chi scrive, l'unico fattore in grado di aumentare o diminuire effettivamente, e cioè in modo almeno relativamente stabile, la sicurezza dei consociati rispetto ad un certo fenomeno, è costituito dall'apparato normativo preposto alla regolamentazione dello stesso.

Una delle tante possibili evidenze empiriche di quanto appena rilevato si incontra nella vicenda che ha accomunato i mercati finanziari di tutto il mondo nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, allorquando prima negli Stati Uniti, e poi in Europa, i legislatori emanarono leggi a tutela dei risparmiatori/investitori che operano in tali mercati così determinando le condizioni normative per incoraggiare il consumo dei prodotti finanziari. Al favorevole clima di fiducia determinato dal mutamento del tessuto normativo operante in materia, si aggiunse l'emersione della net-economy accompagnata dalla quotazione nelle principali borse del mondo di titoli legati all'informatica ed alla telematica che fomentarono l'ottimismo e determinarono per qualche anno forti rialzi di tutte le borse del mondo⁵. In vero, i due fenomeni sono strettamente interdipendenti, e comunque hanno senza dubbio, almeno inizialmente, operato all'unisono. Sennonché, la bolla finanziaria determinata dalla troppo rapida fortuna mietuta a livello globale dalla net-economy si sgonfiò nel breve torno di qualche anno; i mercati, dopo aver fatto registrare una fisiologica flessione, sostanzial-

⁴ Ciò anche in virtù dell'effetto domino che il comportamento dei consumatori di un angolo (non un qualsiasi angolo, certo) del mondo può provocare oggi nell'intero sistema economico globale.

⁵ In proposito, v. P. Savona, *New economy e mercati finanziari*, in «Riv. bancaria», 2001, fasc. 3, 21.

mente assorbono il colpo senza spargimento di sangue, e ciò proprio in forza del clima di fiducia che gli investitori (soprattutto medio-piccoli) avevano in quegli anni maturato verso le borse, e che fu ulteriormente rafforzato proprio dal modo in cui esse reagirono al ridimensionamento dei titoli tecnologici. Fiducia che cominciò a vacillare quando, prima, nel 2001, la bancarotta che portò al congelamento dei bond argentini, e subito dopo il fallimento della «Enron»⁶, e riguardo all'Italia i crack «Cirio» e «Parmalat»⁷, fecero registrare sulle due sponde dell'Atlantico i primi segnali di fallimento delle regole giuridiche che avrebbero dovuto tutelare i consumatori, assicurando controlli efficaci sull'operato dei diversi operatori di borsa⁸. Tanto che i legislatori, sia a livello nazionale che internazionale, tentarono di intervenire immediatamente proprio per evitare che i mercati fossero travolti dalla paura e dell'irrazionalità prodotti dalla nuova sensazione di insicurezza¹⁰.

⁶ Il collasso finanziario dichiarato a fine 2001 della «Enron», il gigante dell'energia texano, fu considerato il maggiore della storia statunitense, viste le dimensioni del soggetto colpito, il quale aveva una cinquantina di miliardi di dollari di attivo patrimoniale dichiarato ed era la settima realtà industriale degli USA con 101 miliardi di dollaro di fatturato al 31 dicembre 2000. La vicenda travolse anche la società di revisione Arthur Andersen, che con la condanna ricevuta per intralcio alla giustizia ha perso il diritto di esercitare la funzione di *audit* negli Stati Uniti; ed ingenerò sia negli Stati Uniti che in Europa un acceso dibattito sul ruolo, le funzioni e la reale autonomia della revisione contabile e, più in generale, sulle regole della *corporate governance*, cioè dell'autogoverno societario, e sul ruolo del diritto. Nel mirino degli analisti e dei commentatori fu subito posta la pratica che legava e lega le società di *audit* alle imprese controllate, come pure il ruolo degli analisti finanziari ed i conflitti di interesse delle grandi banche d'investimento, ma anche l'assenza di controlli statali.

⁷ La vicenda delle obbligazioni Cirio assurge agli onori della cronaca nel novembre del 2002, quando «Cirio Finance Luxemburg», società di diritto olandese riconducibile al gruppo dell'imprenditore Sergio Cragnotti, dichiara di non essere in grado di rimborsare un prestito obbligazionario da 150 milioni di euro ed il Trustee inglese ne dichiara il «default». La bancarotta della Parmalat viene, invece, certificata solo a fine dicembre 2003, quando la società «Standard&Poor» taglia il rating dell'azienda di Collecchio e parla di rischio *defoult*, malgrado il gruppo avesse da anni gravi problemi, in vero nascosti dalla reiterata falsificazione dei bilanci.

⁸ I limiti del sistema italiano di regolazione e di controllo all'epoca vigente sono evidenziati, *ex multis*, da R. Pardolesi - A. Portolano, *Latte, lacrime (da cocco-drillo) e sangue (dei risparmiatori) - Note minime sul caso Parmalat*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2004, 193; nonché da S. Fortunato, *I «fallimenti» nel sistema dei controlli sui mercati finanziari (a margine del d.d.l. sulla tutela del risparmio)*, in «Società», 2004, 929; e F. Ciraola, *La vigilanza sui mercati di strumenti finanziari, tra vecchi principi e nuove esigenze di riforma*, in «Dir. economia», 2005, 245.

⁹ Cfr. M.C. Malaguti, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003.

¹⁰ Nel luglio del 2002, a pochi mesi dallo scoppio dello scandalo «Enron», il Congresso americano intervenne approvando con il voto praticamente unanime di

2. Il monito circa il ruolo cruciale che, nelle società ricche, la sicurezza ha sulle vicende del mercato, ha costituito per alcuni decenni sicuro caposaldo della scienza economica e dell'approccio diffuso alle problematiche tipiche dell'economia del benessere, e cioè della branca dell'economia che si occupa di capire come far funzionare meglio il sistema economico. Tale sicurezza è stata garantita da sistemi di assicurazione e previdenza anche privati, ma soprattutto dal ruolo cruciale che i legislatori nazionali, e più in generale gli Stati, hanno svolto, sia all'interno dei singoli ordinamenti, sia nell'ambito internazionale. Tutto questo sino a quando, da un lato, l'evoluzione tecnologia di rete, dall'altro, lo sviluppo vorticoso dei mercati finanziari e l'emersione di una certa tipologia di strumenti finanziari di nuova generazione, hanno rivoluzionato, a livello globale, modi, tempi e luoghi del mercato e della stessa convivenza civile, almeno nelle società evolute.

Il nuovo mondo, negli ultimi tre lustri del secolo scorso, ha trovato in Internet, e più in generale nelle tecnologie informatiche di rete, la sua icona. La comunicazione globale telematica, infatti, si è dimostrata capace di liberare l'uomo dal fardello geografico e materiale, per proiettarlo in uno spazio ubiquo, senza barriere, confini, traiettorie predeterminate; un non-luogo in cui l'uomo, tendenzialmente privo di obblighi e doveri, ha trovato una sua nuova dimensione, totalmente altra e diversa, lontanissima dalle tradizionali dimensioni spazio-temporali aristoteliche, nella quale egli può assumere l'identità telematica che preferisce, relazionandosi con chiunque, accedendo ai contenuti più vari, scegliendo i materiali più graditi, scambiando idee,

maggioranza ed opposizione una riforma i cui punti salienti furono: 1) creazione di un organismo indipendente con il ruolo di vigilare sulle società di revisione contabile e stilare annualmente un rapporto sulle società più rilevanti; 2) divieto alle società di revisione contabile di svolgere attività di consulenza per la stessa compagnia al fine di eliminare ogni possibile conflitto d'interessi; 3) divieto alle società di revisione contabile di svolgere attività di consulenza in un'azienda se anche uno solo dei top manager ha lavorato nel passato in quella stessa società di revisione; 4) innalzamento sino a 25 anni della pena massima per reati di frode contabile e ostruzione alla giustizia, compresa la distruzione di documenti; 5) obbligo delle aziende di comunicare tutte le grandi transazioni finanziarie che non risultano dai libri contabili; 6) divieto per sempre a coloro che sono stati ritenuti colpevoli di reati contabili di svolgere mansioni di dirigente; 7) aumento del budget per la divisione investigativa della Sec; 8) divieto alle aziende di concedere prestiti personali ai propri dirigenti; 9) obbligo per gli amministratori delegati e per i direttori finanziari di restituire i bonus a loro concessi nel caso in cui vengano ritenuti colpevoli di frodi fiscali; 10) obbligo per i dirigenti di certificare alla Sec la veridicità dei bilanci delle proprie aziende.

emozioni, prodotti e quant'altro con uno o più consociati, di questa immensa, globale ed indefinita comunità di nuovo corno¹¹. Nascono, così, e proliferano, coinvolgendo peraltro milioni di cibernauti che vivono in ogni parte del mondo, addirittura mondi tridimensionali virtuali che riproducono sullo schermo la realtà atomistica e consentono ai singoli utenti di vivere una vita in formato digitale vestendo i panni di uno o molteplici propri «avatar»¹².

Come sociologi ed antropologi non hanno mancato di evidenziare, in tale rivoluzionario contesto, anche grazie all'anonimato dietro il quale è possibile nascondersi in rete, nonché in virtù delle difficoltà con cui le regole giuridiche nazionali ed internazionali operano on-line, l'uomo sperimenta la sensazione di affrancazione dai vincoli spaziali, temporali, morali e familiari, e dunque vive l'ebbrezza dell'assoluta libertà, ma anche dell'insicurezza. Ed infatti, tutti i palcoscenici telematici (e cioè tutti i contenuti del «web») possono essere tanto montati quanto smontati in pochi istanti; inoltre, nel mondo telematico gli uomini si interfacciano tramite uno schermo e difficilmente si conosce davvero il proprio interlocutore, sicché i servizi, gli accessi, gli spazi, così

¹¹ Sia consentito rinviare in proposito, anche per la bibliografia ivi citata, ai miei *La responsabilità civile in Internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, in «La responsabilità civile», 2006, 548; *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2003, 117; *Internet (responsabilità civile)* [voce nuova-2001], in «Enc. giur. Treccani», Roma, vol. XVII; nonché *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in «Danno e resp.», 1999, 754.

¹² La parola «avatar», propria della lingua sanscrita, è originaria della tradizione induista, nella quale ha il significato di incarnazione in un corpo fisico da parte di un dio (il significato letterale è: «Colui che discende»). Per traslazione metaforica, nel gergo di Internet la parola viene usata per indicare la rappresentazione di sé scelta dal singolo utente per mostrarsi ad altri in comunità virtuali, luoghi di aggregazione, discussione o di gioco on-line. Tale immagine, che può variare per tema e per grandezza (di solito stabilite preventivamente dai regolamenti delle comunità virtuali), può raffigurare un personaggio di fantasia (ad es. un cartone animato, un fumetto), della realtà (ad es. il proprio cantante o attore preferito, o anche la propria immagine), o anche temi più vari, come vignette comiche, testi, ed altro. Il luogo di maggiore utilizzo degli avatar sono i forum, i programmi di *instant messaging* ed i giochi di ruolo on-line dove è d'uso crearsi un *alter ego*. Alcuni siti invitano a dotarsi di un avatar ispirato a un certo tema per renderne uniforme l'utilizzo in modo da migliorare il senso di appartenenza alla comunità virtuale. Per esempio, il sito del «Villaggio di Ofelon» richiede un avatar di ispirazione medievale che, unitamente a un nickname in tema, tende a creare un'ambientazione di cavalieri del medio evo. Ovviamente, nella più parte dei casi non vi è alcuna necessità che tra persona fisica e suo avatar telematico vi sia corrispondenza di età, sesso, razza, ecc. Né vi sono sistemi che impongono al singolo utente di Internet di usare lo stesso avatar in tutte le comunità che egli frequenta in contemporanea (in proposito, si veda la pagina Internet <http://it.wikipedia.org/wiki/>).

come le identità on-line, acquisiti più o meno gratuitamente, nella più parte dei casi non attribuiscono veri e propri diritti agli utenti, che, dunque, da un momento all'altro possono, di fatto, perdere ciò che avevano acquisito. La tragedia è parzialmente evitata dalle infinite possibilità di ricominciare che, sotto quasi ogni profilo, la rete offre. Resta, però, la sensazione, anzi, la concreta percezione degli internauti (e cioè di quanti utilizzano Internet) della generale insicurezza, e più precisamente della precarietà di tutto ciò che si ha in rete (in quanto, come detto, l'accesso on-line ad una certa banca dati gestita da un server ubicato chissà dove, potrebbe esserci negata da un momento all'altro, e difficilmente la situazione potrà essere risolta a livello giuridico) e, almeno in parte, anche di ciò che si è in rete (perché la nostra identità on-line ci può essere sottratta, negata, artefatta, senza reale possibilità di difendere quelli che, ragionando sulla base di logiche tradizionali, avremmo definito diritti della personalità).

È questo un effetto – che sino ad oggi appare inevitabile – della virtualità. La quale si presta, oltre che ad un'infinità di utilizzazioni molto positive per l'uomo, altresì all'opera divulgativa o comunicativa di criminali, così come a veri e propri furti di identità o di contenuti digitali, sottrazione elettronica di fondi, plagii e quant'altro, non esistendo ad oggi efficaci sistemi di prevenzione o censura per gli illeciti compiuti on line. E tuttavia, il fatto che le autostrade telematiche possano costituire l'ambiente ideale per il compimento di fatti illeciti non perseguibili giuridicamente, non sembra preoccupare più di tanto istituzioni e consociati, i quali, superata nel 2000 la grande paura per il cd. «baco del millennio», oggi usano telefonini e computer collegati in rete con leggerezza e fiducia nelle magnifiche sorti e progressive che la tecnologia promette ai suoi seguaci.

L'insicurezza a cui l'utilizzazione della rete espone gli utenti è generalmente accettata da questi come logica conseguenza della libertà che essi vogliono mantenere. Il fenomeno, a parere di chi scrive, si può, in qualche modo, collegare all'esperienza maturata nei mercati finanziari di tutto il mondo negli ultimi anni a proposito dei cd. derivati¹³. La fantasia degli operatori del settore, la globalizzazione dei mercati e la transazionalità delle operazioni favorite dal citato sviluppo delle tecnologie della co-

¹³ Per una ampia riflessione italiana in materia, ed un tentativo di inquadramento sistematico delle problematiche collegate ai derivati finanziari, v. F. Caputo Nasetti, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.

municazione a distanza, nonché l'eccessiva libertà riconosciuta all'autonomia privata, con il conseguente depotenziamento delle possibilità di controllo delle autorità nazionali ed internazionali, e della stessa efficacia della regolamentazione giuridica in materia, hanno determinato le condizioni per lo sviluppo di un'economia finanziaria basata sempre più su prodotti che, moltiplicando le transazioni e la valorizzazione del rischio, e puntando ciecamente sul progressivo continuo aumento dell'interesse del mercato per i prodotti in parola e sull'incremento costante del benessere generale della società, nonché, di conseguenza, sulla tenuta dei prezzi, hanno prodotto una ricchezza non basata sull'economia reale, e cioè una ricchezza, che potremmo anche definire virtuale, dipendente in tutto e per tutto dall'esistenza e dalla perdurante capacità del mercato di restare nelle condizioni in cui essa è nata.

Gli esperti del settore finanziario conoscevano, con tutta probabilità, fin dall'origine i pericoli collegati alla speculazione finanziaria costruita sui prodotti derivati¹⁴, ma – attratti dalla ricchezza facile che gli strumenti in parola promettevano di produrre – semplicemente li hanno sottovalutati, finendo per considerarli una remota possibilità, alla peggio limitata a singole vicende, e comunque per accettarli come inevitabili, ma gestibili.

¹⁴ Secondo gli osservatori più attenti, la crisi finanziaria attuale trova le sue radici in ciò che è accaduto dieci anni fa negli Stati Uniti allorché il basso prezzo del denaro ed i crescenti valori del mercato delle abitazioni suggerirono alle banche di concedere mutui immobiliari anche a chi poteva avere difficoltà a pagare le relative rate (cd. mutui subprime), giacché il valore delle case era in continua crescita e quindi chi comperava in quel momento, anche se fosse stato costretto a vendere in futuro, ci avrebbe guadagnato. La concessione massiccia dei mutui fu finanziata con la cartolarizzazione dei relativi crediti e le vendite dei titoli, aventi ad oggetto i crediti cartolarizzati, sui mercati finanziari mondiali in pacchetti la cui produzione ed il cui scambio avrebbe dovuto generare continue plusvalenze. Il meccanismo, però, ha cominciato a mostrare le corde nei primi mesi del 2007 e si è inceppato dell'agosto dello stesso anno. È accaduto, infatti, che, ad un certo punto, i prezzi delle case in America hanno incominciato scendere, con conseguenti difficoltà per i clienti, spesso costretti a pagare un mutuo più alto del valore della casa, e per le banche, che non riescono a sopportare il peso finanziario delle rate di mutuo non adempite dai clienti morosi perché il flusso di denaro generato dal patrimonio *in bonis* si rivela sempre più insufficiente ad onorare le cedole sui titoli legati all'immobiliare. Ne discende che i prodotti derivati in cui erano stati impacchettati i titoli in parola perdono di valore sul mercato e vengono considerati «spazzatura». La crisi, nei mesi successivi, si allarga a macchia d'olio sino alle drammatiche nazionalizzazioni di «Fannie Mae» e «Freddie Mac», i due giganti semipubblici che dovevano salvare il mercato dei mutui, e che invece hanno avuto bisogno di essere salvati a loro volta, nonché al fallimento della Lehman Brothers, ed a tutte le conseguenti vicende che riempiono la cronaca di queste settimane.

In proposito, basta ricordare come lo stesso Bollettino dell'Harvard Business School – evidentemente dimenticando l'ammonimento di Galbraith a difendere la sicurezza dei mercati – nel 1997 salutava l'assegnazione del Nobel a Robert C. Merton¹⁵, per i suoi studi sulla valutazione dei derivati finanziari, evidenziando come «usando la formula di Merton, diventa possibile costruire un portafoglio virtualmente privo di rischi». Il problema, come a distanza di un decennio si è potuto verificare, consiste, per l'appunto, nel fatto che il portafoglio solo virtualmente può essere considerato privo di rischi; in vero, concretamente il rischio insito nel credito cartolarizzato, piuttosto che essere azzerato o depotenziato, viene soltanto spaccettato in titoli, eventualmente frazionato e passato di mano in mano tra chi vende tali titoli e chi li acquista¹⁶.

La sottovalutazione del rischio, in un'economia di mercato ricca quale quella che attualmente accomuna i sistemi nazionali più evoluti, alla lunga non paga¹⁷. Così come non paga l'insicurezza determinata dal fatto che, invece di puntare su un assetto di interessi equilibrato tra istanze di conservazione e di produzione di nuova ricchezza, si preferisce investire esclusivamente su fattori di produzione (ad esempio si perfezionano i protocolli informatici finalizzati a spostare sempre più in là le frontiere del possibile e poco ci si occupa, invece, della regolamentazione dei fenomeni telematici in termini di tutela dei diritti e delle relative responsabilità; ovvero, si strutturano sempre nuovi prodotti finanziari derivati per massimizzare l'utilità degli operatori senza porsi il problema di garantire in qualche modo, almeno parzialmente, l'obbligazione sottostante ovvero di rendere al mercato effettivamente comprensibile il rischio insito nel prodotto compravenduto).

3. La crisi globale, cominciata come finanziaria, ma oggi più in generale economica, attualmente in atto, trova tra le sue principali cause, come accennato, anche nell'assoluta libertà con cui, tanto negli Stati Uniti, quanto in Asia ed in Europa, ed in

¹⁵ Nel 1997 Robert C. Merton vinse il Nobel per l'economia insieme a Myron Scholes, per lo sviluppo di «un nuovo metodo per la valutazione dei derivati».

¹⁶ Per una panoramica italiana in materia di cartolarizzazione dei crediti, v. R. Pardolesi (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, 1999.

¹⁷ Cfr. U. Beck, *La società del rischio* (tr. it.), Roma, 2000; nonché N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano, 1991.

particolare in Inghilterra, si è permesso che gli istinti egoistici e speculativi tipici del mercato, ed in particolare del mercato finanziario, potessero operare senza subire controlli, limitazioni, censure da parte delle istituzioni statali o internazionali e, più in generale, da parte dell'ordinamento giuridico¹⁸. In poche parole, la marginalizzazione del ruolo del diritto nei sistemi finanziari delle moderne economie di mercato, a tutto vantaggio del binomio tecnologico-economico, sperimentata negli ultimi quindici anni, ha prodotto conseguenze nefaste, in quanto la mancanza di eteroregolazione e di controlli efficienti ha fatto venire allo scoperto tutti i limiti dell'autoregolazione privata del mercato effettuata «*case by case*» dai singoli operatori attraverso l'imposizione delle proprie strategie o attraverso la stipulazione dei contratti¹⁹.

Sul punto conviene svolgere una riflessione appena più approfondita.

Emanuele Severino, alcuni anni fa e precisamente nel 2000, osservava che «la norma politico-giuridica (ma anche religiosa e morale) è stata il principio ordinatore del capitalismo», salvo precisare che tuttavia oggi il «capitalismo tende alla *deregula-*

¹⁸ Molte riflessioni sono state dedicate all'argomento soprattutto negli Stati Uniti ed in Europa, in particolare da filosofi, sociologi, economisti e giuristi *Ex multis*, nella prospettiva proposta in queste pagine giova citare, oltre alle opere indicate nelle altre note, U. Beck, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt, 1997, tradotto in Italia con il titolo *Che cos'è la globalizzazione: Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma-Bari, 1999; Y. Dezalay, *I mercanti del diritto* (tr. it.), Milano, 1997; J. Habermas, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 1998; M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; E. Stiglitz, *Globalization and its discontents*, New York, 2002; D. Zolo, *Globalizzazione [aggiornamento-2005]*, in *Digesto IV (Discipline pubblicistiche)*, Torino, 2005, 378; Id., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2006; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione* (tr. it.), Roma, 2005; S. Patti, *La globalizzazione e il diritto dei contratti*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2006, II, 149; P.G. Monateri, *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2007, 679; W. Caspart, *Das Gift des globalen Neoliberalismus. Mit Turbokapitalismus in die Krise.*, Wien, 2008.

¹⁹ Cfr., per riflessioni di taglio diverso ma tra loro complementari, R. Rordorf, *Mercati finanziari - La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in «Società», 2008, 269; S.M. Carbone, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in «Riv. dir. internaz. privato e proc.», 2007, 27; A. Gommellini, *Gli scandali dei mercati finanziari, l'attività di rating e i modelli di prevenzione dei reati (a margine del recente intervento legislativo di «salvataggio» del rating dei titoli risultai da operazioni di cartolarizzazione di canoni di leasing e della prossima attuazione del nuovo accordo di «Basilea 2»*, in «Dir. banc.», 2004, I, 589.

tion»²⁰. Tale affermazione riflette puntualmente l'importanza che il mercato ha ormai da tempo assunto nell'ambito sociale e la criticità del rapporto tra il formante squisitamente economico ed il formante giuridico del mercato stesso²¹. È, del resto, innegabile che il mondo degli affari sia caratterizzato e permeato dall'istinto imprenditivo, e cioè dall'alto senso di sé che l'imprenditore ha per definizione, e da cui discende la sua predilezione per l'autoregolamentazione, piuttosto che per l'eteroregolamentazione, dei suoi interessi. Così come appare innegabile che l'istinto imprenditivo del singolo, di regola egoisticamente, quando non proprio predatorialmente, rivolto alla massimizzazione del profitto individuale, trova sponde feconde, e cioè ragioni ulteriori di essere, nell'analogo istinto dei propri partners commerciali o dei concorrenti, fino a determinare meccanismi per cui le imprese, anche d'intesa tra loro, cercano di disegnare da sé il perimetro e le regole della propria attività, non solo sul piano strettamente economico, ma anche giuridico, fino a tendere ad una vera e propria *deregulation*²².

²⁰ In un convegno di studio, promosso a Catania da Pietro Barcellona e svolto nel 2000, Natalino Irti ed Emanuele Severino discussero il tema dei rapporti tra diritto e tecnica. Di quel vivace e stimolante confronto sono oggi testimonianza le pagine pubblicate in «Contratto e impr.», 2000, 665, nelle quali, tra l'altro, Severino afferma che: «Nelle democrazie occidentali [la norma politico-giuridica] ha ordinato una *volontà di profitto* che, lasciata a sé stessa, si sarebbe liberata e tuttora si libererebbe il più possibile della regola politico-giuridica e imporrebbe essa la propria regola alla politica (al diritto, alla morale, alla religione), cioè subordinerebbe gli interessi e i bisogni della società al processo produttivo volto all'incremento del profitto» (cfr. anche E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, 1998). In dialogo tra il «giurista» ed il «filosofo» è riprodotto in N. Irti - E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

²¹ Il dibattito giuridico e filosofico sul tema ha trovato in D. Messinetti un antesignano. Nel suo scritto *Norma e realtà in Rosario Nicolò*, in «Riv. dir. comm.», 1998, I, 147, l'A., anticipando considerazioni che più avanti sono state largamente trattate dalla dottrina civilistica italiana, osservava come «Noi oggi ci troviamo di fronte a due rappresentazioni opposte del modo in cui si struttura la dialettica norma-società. Da una parte, si assiste a un recupero, per così dire nostalgico, con tendenze variamente restauratrici, dell'idea assoluta della fattispecie [...]; dall'altra parte, si segnala l'influenza determinante dell'economico, del mercato come ambito autonomo di regolazione, il primato di un individualismo diffuso e disperso». Echi di tale sensibilità del Prof. Messinetti si rinvergono, a distanza di dieci anni, anche, tra l'altro, in Id., *Abuso del diritto*, in «Enc. dir.», Aggiornamento, II, Milano, 1998, I.

²² Cfr. P. Perlingieri, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, cit., 20, il quale, dopo essersi domandato se attualmente «il giurista è espressione del potere dell'economia o del primato della politica?», afferma: «il primato della politica impone che il diritto non sia espressione esclusivamente del mercato». Tra gli scritti del volume ora citato, v anche Id., *Economia e diritto*, 271, nel quale in apertura si legge: «Il mercato ha bisogno di norme che lo legittimino e le regolino: tra mercato e diritto non v'è un prima o un dopo, ma una inscindibilità logica e storica».

Non c'è, del resto, alcun dubbio circa il fatto che il capitalismo di mercato, inteso come sistema economico basato sullo scambio dei beni e sull'incremento della ricchezza da parte dei consociati, e più in generale il mercato in quanto tale, soprattutto in alcuni settori, prediliga, per motivi di efficienza, l'elasticità e la concretezza delle regole private, che trovano nel contratto la loro fonte primigenia, piuttosto che la soggezione a regole giuridiche eterodeterminate.

Tuttavia, la storia dell'economia, ed in particolare delle sue crisi, dimostra che il mercato non può fare a meno – e gli operatori ne sono consapevoli – di regole eterodeterminate in grado di creare le condizioni più adatte ad ingenerare fiducia tra gli operatori stessi e tra i consumatori²³. Del resto, se non c'è un sistema di regole di tal fatta, dotate di effettiva precettività, anche i contratti tra imprese volutamente, per quanto possibile, sottratti dalle parti all'applicazione del diritto tanto nazionale quanto internazionale, possono finire per valere come carta straccia o, peggio, per costituire lo strumento di abuso di potere nelle mani della parte più forte economicamente, con conseguenze nefaste perché evidentemente produttive di insicurezza tra gli operatori.

Quando l'effettività delle norme eterodeterminate, ovvero quando la fiducia nella certezza del quadro giuridico di riferimento e nell'efficienza delle tutele poste a presidio degli interessi fondamentali, viene a mancare o si affievolisce, non solo il volume delle transazioni tra imprenditori subisce forti contrazioni e aumenta la propensione al risparmio, ma la stessa dimensione della maggior parte dei mercati si riduce. Il consumatore, infatti, se non si fida della qualità del prodotto che acquista o del servizio di cui usufruisce, e dei rimedi che può esperire

²³ L'apparente contrapposizione tra legge e mercato è stata indagata e demistificata da N. Irti nel suo *L'ordine giuridico del mercato*, I ed., 1998, IV ed., Roma-Bari, 2001, 12-13. Il tema è ripreso dall'A. in *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., in part. 94-100. Cfr., dello stesso A., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in «Riv. dir. civ.», 1999, 1; nonché Id., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Riv. dir. civ.», 2002, I, 625. Particolarmente significativa appare a riguardo la riflessione di G. Oppo, *Impresa e mercato*, in «Riv. dir. civ.», 2001, 421, in part. 429, il quale afferma che: «impresa e mercato hanno bisogno di regole certe» per evitare «il rischio che l'ordine del mercato degeneri in disordine del mercato». In termini diversi A. Bortoluzzi, *Ordine giuridico del mercato o ordine del mercato e ordine giuridico?*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1999, n. 28, t. II, 115, nonché G. Rossi, *Diritto e mercato. Recensione a N. Irti (L'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, 1998)*, in «Riv. soc.», 1998, 1444. Su posizioni diverse appare anche L. Avitabile, *La funzione del mercato nel diritto. Economia e giustizia in N. Luhmann*, Torino, 1999.

in caso di vizio o di dannosità dello stesso, preferisce limitare al minimo la sua esposizione al rischio e dunque acquista di meno. Il che, ma il paradosso è soltanto apparente, accade anche quando abbia motivo di ritenere che vi siano sul mercato imprese le quali, piuttosto che approfittare della carenza normativa, si contendono la sua preferenza facendo leva sulla qualità. In tali circostanze, che potremmo definire virtuose, la sua preferenza, infatti, si rivolgerà necessariamente a queste ultime, ma l'aumento dei costi che egli assumerà per ridurre il rischio, derivante dall'acquisto di prodotti non garantiti, lo costringerà a ridurre comunque la sua propensione ad acquistare beni e servizi ed inoltre escluderà i soggetti rientranti nelle fasce di reddito più basse dall'accesso ai prodotti in parola.

In definitiva, dunque, può dirsi che il mercato è consapevole che la logica del profitto, in quanto fortemente egoistica, non può garantirgli la sopravvivenza, sicché esso accetta – né può non accettare – il diritto come l'unico ambiente nel quale si verificano le condizioni per il suo reale e duraturo sviluppo; un ambiente in cui al singolo operatore si impongono limitazioni e sacrifici, che sono ricompensati dalla reciprocità degli stessi, e cioè dal fatto che anche per i concorrenti esistono i medesimi limiti invalicabili, il cui rispetto generalizzato produce le condizioni di sopravvivenza o, a seconda dei casi, di prosperità del mercato stesso²⁴. Lo stesso mercato, del resto, storicamente nasce quando a livello politico-giuridico vengono create garanzie efficaci a difesa del diritto di proprietà e, più in generale, della ricchezza individuale²⁵. Sicché, può ben dirsi che il capitalismo esiste, così come la stessa economia di mercato, solo dal momento in cui e sino a quando la proprietà privata è difesa²⁶. In

²⁴ Si pensi all'importanza che, negli anni, sono andate acquisendo le norme che regolano e tutelano la concorrenza nel mercato in tutti i paesi con un'economia capitalistica sviluppata.

²⁵ Cf. G. Calogero, *Etica Giuridica Politica*, Torino, 1946, 305, e Id., *Studi crociati*, in *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, 81. La funzione della norma rispetto agli automatismi del mercato è indagata, più recentemente, da L. Rossi Carleo, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato*, in «Rass. dir. civ.», 1992, 762. Cf. anche T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in «Problemi giuridici», I, Milano, 1959, in part. 46, dove l'A. rileva come il rapporto da economia e diritto sia bidirezionale perché non è soltanto il secondo fattore ad influenzare il primo, in quanto: «al mutamento [...] della scienza economica corrisponde un mutamento nello stesso concetto di diritto».

²⁶ In proposito, v. L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963; nonché Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, in part. 147, dove, ragionando sul rapporto tra diritto ed economia in termini di forma e materia, l'A. sostiene la necessità del formante regolatorio.

un ambiente senza ordinamento giuridico, prevale il più forte, il quale, tuttavia, ad un certo punto sarà talmente preso a difendere in punto di fatto «i beni da lui posseduti», da non poter adeguatamente impegnarsi in attività ulteriori, nemmeno in quelle incrementative della sua ricchezza.

Le poche osservazioni svolte sul punto bastino, nell'impossibilità in questa sede di approfondire la questione, per cogliere il senso della riflessione che qui si propone. Ad esse si aggiunga soltanto che, certamente, ci sono situazioni nelle quali (è attualmente il caso delle reti telematiche, ed in particolare di Internet) per diverse ragioni, promuovere uno sviluppo incontrollato di una certa tecnica può non comportare una contrazione del relativo mercato semplicemente perché i consociati non avvertono l'oggettiva insicurezza derivante dalla mancanza di regolamentazione; ovvero (è il caso dell'inquinamento) gli effetti negativi derivanti da una determinata attività sono destinati a prodursi a distanza di molti anni, e/o non sono certi, e/o non interferiscono con la commercializzazione di un determinato prodotto o servizio, in quanto, pur essendo causati dalla produzione di un certo bene, non colpiscono i fruitori dello stesso, bensì tutti coloro che si trovano in una certa condizione (ad esempio tutti quelli che vivono nei pressi dello stabilimento industriale in cui il bene è prodotto). In tali circostanze, è probabile che il mercato interessato, mosso com'è da logiche egoistiche, non promuoverà la creazione di normative limitanti. Tuttavia, soprattutto quando le attività pericolose mettono a rischio beni della vita particolarmente importanti, l'ordinamento riceverà delle pressioni ad intervenire da parte del corpo sociale.

4. Come si è cercato di dimostrare, dunque, il diritto del prossimo futuro non è inevitabilmente destinato ad essere cannibalizzato da una presunta smania di autorego-lamentazione esclusiva del mercato. Esso, al contrario, è ancora chiamato ad imporsi sugli altri fattori sociali al fine di creare condizioni di certezza e sicurezza in grado di promuovere, non solo la fiducia dei consociati nei confronti dell'economia capitalistica, ma anche, e soprattutto, la speranza nel futuro del mondo.

Il tema attualmente consiste nel comprendere come gli ordinamenti debbano organizzarsi per far fronte alla nuova sfida: quella, cioè, di regolare un mondo in cui il regolato si caratterizza per la predominanza assoluta del dato tecnico, *rectius* tec-

nologico ed economico, peraltro in un contesto geografico ormai globalizzato²⁷.

In quest'ottica il diritto appare in crisi non già di identità, ma di metodo. A ben vedere, infatti, più diventa inquietante la fenomenologia dello sviluppo tecnologico, più si rivela fragile il sistema economico-finanziario, più l'esistenza del diritto, in ragione proprio della sua funzione, si palesa necessaria a garantire, per il futuro, la pacifica convivenza tra gli uomini. In tale prospettiva, tuttavia, occorre muovere alla ricerca di una soluzione alla crisi che il positivismo giuridico sta attraversando a causa delle nuove dimensioni tecniche ed economiche in cui l'ordinamento giuridico si trova ad operare nei paesi tecnologicamente avanzati. In proposito, giova premettere che non appare condivisibile la tesi di chi sostiene che il diritto di oggi, una volta tramontato il giuspositivismo, non ha più verità²⁸. Infatti, mentre non vi è dubbio che, messa in crisi la sua fonte formale di validità (*id est* la procedura di formazione), esso appare indebolito; occorre chiarire che di debolezza si tratta propriamente e non di coma profondo. Se il procedimento di formazione statale fosse la sola verità del diritto, non si capirebbe davvero come un diritto, colpito mortalmente, possa aspirare a concretizzare, nel prossimo futuro, la sua volontà regolatoria²⁹. Ed in questo senso, avrebbe certamente ragione chi preconizza la futura estinzione dell'ordinamento giuridico a tutto vantaggio della tecnica, la quale, forte delle sue certezze, dei suoi obiettivi, delle sue verità, sembrerebbe davvero «destinata a diventare il principio ordinatore di ogni materia»³⁰.

Dicevamo: se fosse. Perché così, a chi scrive, non sembra essere. Il diritto ha sempre mantenuto una sua verità indipendente rispetto alle concezioni che dello stesso, nelle diverse epoche e

²⁷ Tra le riflessioni più recenti dedicate al tema, v. G. Iudica, *Globalizzazione e diritto*, in «Contr. e impr.», 2008, 867.

²⁸ L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, 1, inserendosi nel dialogo tra Irti e Severino, manifesta il suo dissenso nei confronti del pessimismo del Filosofo (che osserva il tramonto del diritto inteso in senso tradizionale), ma anche la sua contrarietà rispetto alla «radicalizzazione della concezione positivistica del diritto» realizzata, a suo dire, dal Giurista.

²⁹ La crisi dei legislatori statali e, più in generale, degli Stati, di fronte alla globalizzazione dei mercati ed alla nuova articolazione socio-politica del mondo, è indagata in Italia, tra gli altri, da S. Cassese nei suoi *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2006, e *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; nonché, più recentemente, da P. BArcellona, *Il declino dello Stato*, Bari, 2008.

³⁰ Il riferimento è ancora alla posizione di Emanuele Severino espressa nel citato dibattito con Irti.

nei diversi contesti politici, si sono avute. Vieppiù da quando, e laddove, esso è espressione di ordinamenti democratici. Vera infatti è, prima e sopra tutto, la funzione che esso è ancora oggi chiamato, forse più di ieri, a svolgere. E, se così è, se cioè il diritto, oggi, può trovare la forza di reagire al potere economico e tecnico esclusivamente nella sua funzione, che è quella di garantire le condizioni per una convivenza pacifica tra i consociati ed un incremento del benessere (non solo economico) generalizzato, ciò vuol dire che, abbandonati alcuni dogmi tradizionali, è alla fissazione degli obiettivi concreti di politica economica ed alle modalità di raggiungimento degli stessi che lo studioso di diritto, in questo preciso momento storico, deve dedicare i suoi sforzi con rinnovata attenzione³¹.

A conferma delle considerazioni ora svolte, viene l'evoluzione che le regole di responsabilità civile hanno avuto nel corso dell'ultimo secolo³². Il progresso scientifico, tecnico e tecnologico, invece che rendere tali regole inutili o mal sopportate dal mercato, ha promosso un affinamento tecnico delle stesse e ne ha ampliato di molto il campo di operatività. Sicché esse, oggi molto più di ieri, si dimostrano idonee a perseguire obiettivi di politica del diritto atti a rispondere alle esigenze sociali più avvertite. Dopo che per tanti secoli, dalle dodici tavole in avanti, nel campo della responsabilità extracontrattuale avevano operato pochi principi, per lo più arroccati attorno al castello della colpa e sostanzialmente negletti dalla dottrina; dalla metà del di-

³¹ S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1985, 175-177, dopo aver rilevato che «la nostra è un'epoca di necessaria, anche se non raggiunta, comunicazione universale e collaborazione internazionale [in cui] nessun popolo e nessuna cultura bastano più a se stessi», afferma che il diritto, anche in tale contesto, deve svolgere l'unica funzione immanente alla sua struttura, che è quella «di realizzare la coesistenza nella legalità, ossia nella regolarità conforme a giustizia». Di giustizia e di morale, come argomenti che fornisco all'economia il fondamento etico di cui essa ha bisogno, discorre anche F. Campanella, *Lo stato e il mercato. Le idee e i miti di un passato più o meno prossimo*, in S. Barena, *Pubblico e privato nel sistema economico*, Milano, 1992, 99.

³² Nei confronti della responsabilità civile il Prof. Messinetti ha sempre dimostrato una particolare attenzione, dedicando al tema riflessioni di rara originalità. Cfr., tra l'altro, D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in «Enc. dir.», XXIII, Milano, 1983, 355; nonché Id., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1992, 173; Id., *Danno giuridico*, in «Enc. giur.», I, 469; Id., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del Prof. Angelo Falzea*, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, 199 e ss.; Id., *I nuovi danni - Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2006, 543; e Id., *Pluralismo dei modelli risarcitori - Il criterio di ingiustizia «tradito»*, id., 2007, 555.

ciannovesimo secolo si è registrato uno sviluppo del sistema aquiliano, per cui oggi, proprio attraverso tali regole, l'ordinamento giuridico gestisce problemi di nuova emersione, spesso in modo assai originale, e cioè attraverso *policy* di nuova concezione³³.

5. La complessità del reale si è tradotta, negli ultimi decenni, in complessità giuridica, tanto che in molti Stati, e tra questi senza dubbio l'Italia, si è risposto all'esigenza di regolare fenomeni affatto nuovi con la proliferazione delle leggi speciali.

Un fenomeno analogo si registra, non solo negli altri paesi dell'Unione Europea, a ciò per lo più mossi dalla (a tratti frenetica) attività legislativa di derivazione comunitaria, bensì anche negli Stati Uniti, dove l'esigenza di regole adeguate a governare la complessità del dato reale ha fatto sì che l'ordinamento, tradizionalmente basato sull'esperienza giurisprudenziale (seppure ordinata e sistematizzata nei *Restatements*), si dotasse di un intreccio di leggi statali e federali, spesso di alto contenuto tecnico³⁴.

Un altro dato va tenuto in considerazione. Durante gli ultimi quattro lustri, negli Stati Uniti sono aumentate le materie disciplinate dal legislatore³⁵, mentre nei paesi di tradizione civilistica la giurisprudenza ha assunto un ruolo di primaria importanza ed è assunta, per comune riconoscimento, al rango di fonte, o quanto meno di formante, del diritto. Si è così definitivamente diffusa, da una sponda all'altra dell'oceano, la convinzione che le regole giuridiche siano il prodotto di una realtà normativa composta assai diversa da quella su cui ragionava Kelsen³⁶. La logica

³³ Per la diffusa trattazione delle questioni nel testo solo cennate, sia consentito rinviare al mio *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit.

³⁴ Segno emblematico dell'evoluzione che, in tal senso, ha avuto il sistema giuridico nordamericano appare il recente sviluppo dello U.S.C. (*United States Code*), che non può essere definito un codice nel senso continentale del termine, in quanto manca dell'organicità e della sistematica proprie dell'esperienza codicistica di stampo francese, ma che costituisce certamente una raccolta razionale di testi legislativi capace di assorbire le novità e, dunque, di risultare sempre attuale.

³⁵ Cfr. D. Vetri, *The Decline of the Common Law in the Statutory Era in the United States*, in *Essays on European Law and Israel*, a cura di M. Rabello, Gerusalemme, 1996, 179.

³⁶ Sulla complessità della realtà normativa contemporanea e sulla varietà degli approcci culturali e metodologici al diritto attualmente possibili, si consiglia, per un approccio diverso rispetto a quello tradizionalmente praticato in Europa, un recente lavoro di R.A. Posner (che molta fortuna ha avuto al di là dell'oceano), *Overcoming Law*, Cambridge (Massachusetts) e London (England), 1995, il quale – nell'introduzione, intitolata *Pragmatism, Economics, Liberalism* – a p. 1, critica l'impostazione formalista ed autoreferenziale della letteratura giuridica inglese e statunitense del XIX secolo.

dei «formanti» ha, dunque, arricchito la scienza giuridica contemporanea – nella quale coesistono e dialogano tradizione e diritto vivente, norma generale e particolare – superando categorie che mal celavano la propria vetustà³⁷. Tutto ciò impone, e qui l'immane rovescio della medaglia, all'operatore, che voglia studiare in modo serio una determinata questione, di cercare, analizzare, intrecciare e confrontare una molteplicità di dati giuridici tra loro non omogenei. La qual cosa rischia di creare confusione ed incertezza, laddove al contrario il mondo che cambia sempre più velocemente avrebbe bisogno – come sopra evidenziato – di sicurezza, e quindi, strumentalmente, di certezza del diritto.

Se, dal punto di vista formale, dunque, la flessibilità e la complessità, imposte all'ordinamento giuridico dall'evoluzione tecnologica, dalla forza concentrica del mercato e dal vorticoso ed incontrollabile sviluppo sociale che ne consegue, comportano un'inevitabile perdita di certezza del diritto, ciò non giustifica l'abbandono della tensione che l'ordinamento giuridico deve sempre avere verso tale valore ideale. Piuttosto, al *law maker*, legislatore o giudice che sia, spetta oggi – più di quanto non sia accaduto in passato – il compito di bilanciare l'irrinunciabile esigenza di certezza del diritto con altre esigenze ed altri principi assiologici del sistema giuridico. Sicché il tema è come attualmente si possa realizzare tale bilanciamento³⁸. La risposta, secondo chi scrive, può essere data tenendo presente l'approccio al problema della certezza del diritto che viene comunemente definita post-positivista³⁹.

³⁷ Per approfondire il concetto di «formante» nell'ambito giuridico non può non leggersi R. Sacco, *Formante*, in «Digesto civ.», vol. VIII, Torino, 1992, 438. Per un esempio concreto di «dialogo» tra formanti ed altre considerazioni sul tema, v. A. Gambaro, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in «Foro it.», 1993, V, 389.

³⁸ Cfr. A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in «Riv. int. fil. dir.», 1965, 28, il quale scrive: «Da quando il capitalismo è uscito dalla sua fase individualistica e liberale (alla quale corrispondeva funzionalmente l'idea della certezza del diritto) ed è entrato in questo grande processo di razionalizzazione che, che ancora non si è compiuto, la funzione del diritto si è sempre andata più discostando da quella della garanzia della sfera individuale e quindi dallo stesso ideale della certezza del diritto».

³⁹ Così la definisce, tra gli altri, G. Teubner, del quale, sul punto, si suggerisce in particolare la lettura dei seguenti saggi: *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*, in «Social and Legal Studies», 1991, fasc. 1, 451; *Il codice perduto di Napoleone. La dinamica propria del diritto come problema politico*, in «Fenomenologia e sociologia», 1990, fasc. 13, 41; *Il Trilemma Regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in «Politica del diritto», fasc. 18, 1987, 85; e

In questa prospettiva, la certezza del diritto è analizzata soprattutto in connessione con il problema della giustificazione razionale della soluzione del caso concreto. In altre parole, non è importante – *rectius*, possibile – che la soluzione sia una sola e prevedibile, mentre è fondamentale che essa risulti non arbitraria, e cioè argomentabile alla luce dei principi presenti nel diritto ed individuata nel rispetto delle regole di inferenza di natura razionale non esclusivamente logico-formali⁴⁰. In siffatta prospettiva Hans Kelsen, nella seconda edizione de *La dottrina pura del diritto*, considera più che giustificata la tensione verso l'ideale certezza del diritto, in quanto questa è un valore primario degli ordinamenti giuridici moderni. Il grande pensatore, tuttavia, avverte che essa non va intesa nella prospettiva formale ottocentesca, bensì come «ideale regolativo graduabile»⁴¹. In altre parole, nell'impossibilità di aspirare ad una certezza assoluta del diritto, sempre più ostacolata dalla mutevolezza del dato reale e dall'imperfezione delle opere umane, è ben possibile perseguire una certezza relativa, sufficiente a far sentire i consociati garantiti dal diritto⁴². Il concetto di certezza del diritto graduabile viene ripreso da Hart, il quale muove dall'idea che il linguaggio, di qualsiasi tipo esso sia, è inadatto a conferire certezza assoluta alla norma, e giunge ad affermare che la certezza non deve essere considerata un valore assoluto da difendere ad ogni costo, in quanto esso non è l'unico principio assiologico che caratterizza il sistema giuridico. Per Hart, infatti, «la presenza di ulteriori ideali di riferimento del fenomeno giuridico implica che la certezza debba essere posta in relazione con altri valori che possono informare il diritto. In altre parole essa è un ideale bilanciabile, non è principio apodittico e inderogabile»⁴³.

Aspetti, Limiti, Alternative della Legificazione, in «Sociologia del diritto», 1985, fasc. 12, 7.

⁴⁰ In altre parole, i teorici post-positivisti definiscono «certo» quel diritto le cui singole applicazioni risultano nel concreto coerenti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ricavate in accordo con una procedura razionale fondata e, almeno in larga parte, giustificabili alla luce dei parametri di razionalità condivisi da una data società. Cfr. S. Berthea, *La certezza del diritto nel dibattito teorico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 148.

⁴¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, seconda edizione, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.

⁴² Cfr. F.L. de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, pubblicato anche in una ed. riveduta, a cura di G. Astuti, con saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele, Milano, 1968.

⁴³ Così Berthea, *op. cit.*, 140-141, a cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti sull'argomento in parola.

Il diritto dei giorni nostri, in definitiva, rappresenta una realtà complessa, all'interno della quale il versante legislativo gioca un ruolo importante, ma convive con altri formanti e svolge la sua funzione all'interno di una dialettica sulla quale influiscono anche fenomeni extragiuridici⁴⁴. Tale constatazione, come visto, non impedisce e non deve impedire al giurista di continuare a perseguire i valori della certezza del diritto e della tenuta dell'ordinamento. Al contrario, proprio la flessibilità oggi imposta all'ordinamento giuridico dalla rapidità con cui si svolgono continui mutamenti del contesto sociale di riferimento palesa l'attualità dell'esigenza di ancorare, il più possibile, le nuove regole a tali principi di certezza e tenuta del sistema che, sebbene tradizionali, si rivelano di sicura attualità⁴⁵. Inoltre, la complessità del sistema delle fonti dell'ordinamento civile, in cui, non solo la giurisprudenza, ma – come detto – anche l'autonomia privata svolge oggi una funzione di primaria importanza, carica di responsabilità ogni operatore del diritto, il quale è tenuto a rispettare l'unità del sistema, anche quando è chiamato a far fronte ad una lacuna normativa attraverso l'attività ermeneutica.

Rispetto a tali dinamiche, la certezza del diritto diventa valore da bilanciare – utilizzando il variegato strumentario di cui l'ordinamento dispone⁴⁶ – con altri valori e, dunque, graduabile a seconda delle esigenze concrete. In altre parole, ed esemplificando, di fronte ad una fattispecie nuova, bisognosa di immediata regolamentazione, si può preferire un intervento regolatorio più rapido e meno preciso, piuttosto che un intervento normativo perfetto dal punto di vista della tecnica e del linguaggio normativo, ma tardivo. Se è vero, infatti, che la mutevolezza del

⁴⁴ La criticità in parola, in vero, era avvertita già nei primi anni Ottanta del secolo scorso. Cfr. G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, 1985.

⁴⁵ Come rileva G. Peces Barba, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1991, tr. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 224-225, la tenuta dell'ordinamento e la certezza del diritto rispondono anche ad un'esigenza generalizzata di sicurezza dei consociati. Sicurezza che, secondo l'A., «è tranquillità, assenza di timore e certezza di fronte agli abusi del potere, nell'ambito del sistema giuridico e di fronte alla sfiducia prodotta dal mancato soddisfacimento di necessità fondamentali». In Italia, sul «diritto alla certezza», v. C. Faralli, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 102-104.

⁴⁶ Per una riflessione ampia sugli strumenti di cui l'ordinamento dispone per evolversi e rispondere alle esigenze concrete che di volta in volta si manifestano, e sul «carattere» che il diritto dei tempi moderni deve avere, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; nonché la relativa critica mossa da R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 523.

dato reale e lo sviluppo sempre più vorticoso delle nuove tecnologie restringono i tempi dell'intervento giuridico, si deve essere disposti a sacrificare qualcosa alle esigenze concrete di tenuta dell'ordinamento giuridico. Ciò contribuirà ad aumentare il senso di sicurezza dei cittadini, i quali si sentono sicuramente più garantiti dall'esistenza in una data materia di una regola giuridica, benché questa fin da subito denunci i suoi limiti ed appaia non ottimale, che dal vuoto normativo giustificato dal fatto che si sta elaborando la migliore normativa possibile, la quale peraltro sarà probabilmente già obsoleta dal punto di vista tecnico quando verrà alla luce rispetto al contesto sociale che nel frattempo potrebbe essere già mutato.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può convenire con chi ritiene che: «politica e diritto, nel tempo della dominazione della tecnica, sono destinati a *permanere* in una configurazione diversa [...]. In che consista questa diversità è problema tutto da risolvere. Sta cambiando il senso di ciò che chiamiamo "politica", "diritto", "capitalismo", "democrazia", "cristianesimo", "solidarietà", "efficienza", "moralità". Sta cambiando il senso delle norme; e il nuovo senso va decifrato». Ma non altrettanto quando, ciò premesso, si giunge ad affermare che: «con la dominazione della tecnica – un processo [...] tuttora in atto – la norma rimane (infatti lo scopo è il contenuto della norma e, si è detto, con quella dominazione lo scopo rimane); ma, appunto, la norma non ha carattere politico, giuridico, morale, economico, ecc., ma è regola capace di impedire che l'operatività tecnologica resti subordinata alle norme che ancora si illudono di regolare la tecnica – e che pertanto sono destinate a trasformarsi, da regole, in regolati»⁴⁷.

Non c'è dubbio che l'asservimento del diritto (come della morale, della religione e quant'altro) alla tecnocrazia – intesa, secondo quanto già detto, come sodalizio tra economia-tecnologia – sia un rischio concreto. L'imminenza di tale pericolo e la sua gravità, piuttosto che renderlo inevitabile, caricano l'uomo, e segnatamente il giurista, del terzo millennio della responsabilità, questa sì inevitabile, di scongiurare che il fosco scenario attuale si radicalizzi⁴⁸. Come realizzare questa inversione di tendenza? Come restituire al diritto la forza regolatrice che oggi

⁴⁷ Queste le parole che Severino usa nel dialogo con Irti, citato *supra*.

⁴⁸ Cfr. D. Messinetti, *La responsabilità del giurista (a proposito di Pietro Barcellona)*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2006, 3.

sembra avere smarrito? Come evitare che la rivoluzione tecnica si risolva in una disumanizzazione delle relazioni umane e, in definitiva, della stessa esistenza dell'uomo⁴⁹? Questi gli interrogativi a cui occorre rispondere.

6. In questo inizio di primavera 2009 il mondo sviluppato sembra come si stesse svegliando da un lungo sonno. Da una parte all'altra del pianeta, i maggiori osservatori economici – gli stessi che esaltavano le virtù illimitate del mercato sino a ieri – oggi non possono fare a meno di riconoscere che i «rischi», trasformati negli ultimi due decenni in prodotti finanziari, hanno alla fine mostrato il loro volto peggiore. Vengono così sciolinati dati a dir poco preoccupanti circa il calo vorticoso che negli ultimi trentasei mesi hanno fatto registrare i mercati finanziari più importanti, nonché circa le conseguenze sulla cd. economia reale che tutto ciò ha determinato in termini di impreveduta crisi del sistema bancario internazionale, contrazione degli ordinativi, delle vendite e più in generale dei consumi, e dunque della produzione, e in definitiva della forza lavoro occupata. Il dilagante effetto dominio e l'irrazionalità tipica dei mercati, in particolare di quelli finanziari, peraltro non consentono di fare previsioni attendibili su quando e come la tempesta passerà. Il tunnel, in altre parole, è lungo e buio, né ancora si vede la luce.

Era soltanto ieri, ma sembra oggi lontanissimo il periodo in cui, sulla scia di un ottimismo dilagante e del continuo deciso incremento dei volumi patrimoniali scambiati nelle maggiori borse valori del mondo, molti degli stessi soggetti chiamati oggi a gestire la crisi, reputavano salda l'economia dei paesi progrediti e attribuivano il merito di tale saldezza e prosperità all'economia di mercato, finalmente liberata, sul finire del XX secolo,

⁴⁹ N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Riv. dir. civ.», 2002, I, 2002, 629, si chiede nel nuovo mondo ipertecnologico e globalizzato «quale diritto governa i mercati planetari? Quali modi e forme della applicabilità riescono compatibili con lo spazio telematico?», per concludere che la risposta al problema starebbe «nell'uso politico dell'artificialità giuridica, cioè negli accordi inter-statali, idonei a valere oltre i confini dei singoli Stati. Soltanto le intese inter-statali sono in grado di ricondurre gli affari economici nei luoghi applicativi del diritto, colmando così il divario, o dislivello di piani, tra spazio globale e territorialità delle norme». *Contra*, Iudica, *op. cit.*, in part. 881, il quale, sottolineando come le convenzioni internazionali «riguardano alcune materie molto circoscritte» e che «non è neppure pensabile un trattato internazionale che vincoli tutti i paesi ad adottare un unico ordinamento che abbracci l'intero universo del diritto», conclude affermando che: «Una idea del genere finirebbe per riprodurre, in scala esponenziale, la stessa grande illusione illuministica che aveva portato al *Code* e avrebbe in sé, sin dalla nascita, il germe della sua fatale dissoluzione».

dalla presenza ingombrante e distorsiva degli operatori pubblici e dal ruolo opprimente e limitante degli ordinamenti giuridici nazionali. Oggi, il velo è caduto, si dice. Il re è nudo. A salvare il mercato vengono a gran voce chiamati una volta ancora gli Stati tramite le finanze erariali. Ai legislatori nazionali si chiedono interventi urgenti ed importanti di nazionalizzazione, incentivi ai consumi e sostegni alle imprese. Agli Stati, gli operatori del mercato (muovendosi sulle orme del «figliol prodigo» della parabola evangelica) oggi domandano a gran voce anche norme efficaci e sistemi di controllo finalmente efficienti, atti a scongiurare per il futuro prossimo il rischio che possano ripetersi le circostanze che, agli albori del terzo millennio, hanno di fatto colpito al cuore il capitalismo finanziario mondiale.

La vicenda in parola conferma quanto sopra si è evidenziato circa l'importanza del ruolo del diritto rispetto alle dinamiche di mercato, ma pone al giurista una volta ancora il problema della responsabilità: sua, degli ordinamenti giuridici e degli operatori del mercato. Una responsabilità verso i contemporanei, ma anche verso i posteri, e che non può essere intesa solo in senso etico, bensì anche, precipuamente, giuridico. Una responsabilità, in altre parole ed in definitiva, che sembra poter funzionare come ideale strumento di bilanciamento degli interessi e dei valori che il sistema vuole tutelare, in quanto idoneo a rappresentare l'unico vero limite elastico alla libertà che l'ordinamento giuridico inevitabilmente deve riconoscere all'autonomia negoziale ed alla forze tecnologiche ed economiche che animano il mercato.

La questione è ben posta, seppure in termini parzialmente diversi, nell'ambito del dibattito filosofico sul ruolo che lo scienziato, ed anche il giurista come scienziato del diritto, deve avere nella «civiltà tecnologica»⁵⁰, per tale intendendosi la società attuale in cui prevale il fattore, per l'appunto, tecnologico su ogni altro fattore culturale, etnico, economico, geografico. Prevalenza dalla quale deriverebbero, anche nel rapporto tra diritto e dato reale, le «terribili» conseguenze sulle quali nelle pagine che precedono si è già avuto modo di richiamare, seppure solo per cenni, l'attenzione del lettore.

⁵⁰ Cfr. H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt, 1979 (nuova edizione: Suhrkamp Taschenbuch, 1984), con traduzione italiana *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 2002.

In questa civiltà di nuovo conio, in questa società inedita, figlia di una rivoluzione – la rivoluzione tecnologica – le dimensioni tradizionali, come già avvertito, sono state travolte da dimensioni affatto nuove, mentre il binomio scienza-tecnica, da strumento nelle mani dell'uomo, in sodalizio con l'economia di mercato si è trasformato e ha dato vita ad un sistema autoreferenziale in grado di fissare obiettivi, perseguirli e poi inseguirne, sempre, di nuovi. Ogni vecchio principio umanistico, in un mondo governato dalla tecnica, è stato così sopraffatto da nuovi valori e nuovi dogmi. Anzi, forse – come osservano i filosofi e i sociologi che parlano della società tecnologica contemporanea come società aperta – all'assetto valoriale tradizionale, che trovava nell'uomo, inteso in senso naturalistico, la sua ragione ultima, si è andato rapidamente sostituendo un sistema senza valori e principi precostituiti, nel quale tutto ciò che, in senso tecnico, è possibile fare è considerato anche lecito, e in molti casi, addirittura, utile alla collettività, in quanto ogni nuova applicazione delle conoscenze scientifiche rappresenta un passo avanti nella progressiva liberazione dell'uomo dalla sua dolorosa umanità⁵¹.

In una società in cui convivono pensieri, tradizioni, religioni, aspirazioni e timori diversi, l'unico principio in grado di assicurare la convivenza pacifica fa capo, secondo alcuni, all'etica della tolleranza, la quale si esprimerebbe nel consentire in punto di diritto tutto ciò che non lede interessi altrui considerati di primaria importanza. Sul punto, occorre tuttavia approfondire la riflessione. La tecnologia, proprio in quanto, per certi versi, consente all'uomo di emanciparsi da alcuni condizionamenti suoi naturali e gli schiude innanzi sempre nuove possibilità, ripropone oggi, tanto in termini filosofici, quanto in termini giuridici, l'eterno problema della libertà, nel quale un ruolo di primo piano ha sempre avuto il tema della responsabilità, poiché quest'ultima, in una società civile, ha da rappresentare necessariamente il contraltare della prima.

Per comprendere pienamente la questione, giova, a questo punto, operare una fondamentale distinzione tra libertà morale e libertà giuridica. Come, in proposito, è stato osservato, «la libertà o è un fatto in atto o, altrimenti, è soltanto una possibilità,

⁵¹ Oltre agli autori già citati negli scorsi paragrafi su queste problematiche, cfr. J.D. Barrow, *Progresso: limiti, confini e frontiere*, in P. Donghi (a cura di), *Il patto col diavolo*, Roma-Bari, 1997, 15.

nella vita e nella struttura costitutiva dell'uomo, fatta di impulsi e conati, che, finché rimangono tali, non sono che ben poca cosa, e con la libertà, nel suo uso effettivo, non possono in alcun modo identificarsi»⁵². Ciò che rende la libertà attuale e ne fonda la pratica è «l'osservanza di un principio ben chiaro». Questo può essere un principio morale o giuridico. Tuttavia, occorre notare che, «mentre il principio morale, che non persegue la reciprocità, fonda non il diritto ma la moralità dell'agire, che è estranea ad ogni sanzione giuridica»; «la libertà, secondo il principio giuridico, implicando la reciprocità del giusto dare in corrispondenza del giusto avere, fonda, su di essa la reciprocità, il diritto, che, ove venga disatteso, giustifica il ricorso alla sanzione». Da questi rilievi, «si deduce che, ove manchi la coscienza di tali distinti principi, la libertà è termine vacuo e senza senso, buono, tutt'al più, a giustificare in astratto una possibilità indefinita dell'essere uomini, una "possibilità", però, che solo al lume dei distinti principi dell'agire umano si riempie di precisi significati e di corrispondenti precisi contenuti».

A ben vedere, come si diceva, l'unico principio che sembra poter rappresentare la sintesi di tutti i valori in grado di orientare in senso sociale l'esercizio della libertà, è quello di responsabilità. E ciò, tanto in ambito morale, quanto in ambito giuridico, sebbene in questo secondo contesto esso assuma contorni tecnici del tutto peculiari. In particolare, come appena accennato, ciò che caratterizza l'operare del principio di responsabilità in ambito giuridico, e gli conferisce una forza superiore rispetto al suo *alter ego* morale, è la reciprocità, intesa come circostanza per cui ogni consociato sa di poter fare della propria libertà tutto quanto egli è disposto ad accettare che gli altri facciano della loro, e viceversa. E ciò in ragione dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge nonché della capacità che la regola giuridica ontologicamente ha (di qui la sensazione di sicurezza), o dovrebbe avere, di farsi rispettare, anche coattivamente, da tutti i consociati indifferentemente.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il principio di tolleranza si rivela inefficace a gestire in maniera efficiente i problemi attuali sollevati dalle nuove tecnologie e dall'arroganza del fattore economico nella moderna società di mercato; e ciò in quanto l'evoluzione in parola coinvolge e mette a rischio una va-

⁵² I passi virgolettati che seguono sono tratti da V. De Ruvo, *Analisi dello strutturalismo*, Napoli, 1972, 160-180.

sta gamma di interessi pubblici, diffusi, collettivi e privati. In altre parole, giacché lo sviluppo della tecnica, soprattutto mercé il sodalizio con l'economia di mercato, crea dei rischi e pone in pericolo interessi, anche di primaria importanza, in applicazione del principio di tolleranza, esso dovrebbe essere impedito o ostacolato ogni qual volta si manifesti potenzialmente dannoso. Siccome, però, l'evoluzione scientifica e tecnologica, così come l'evoluzione dei mercati e la produttività delle imprese, non possono essere generalmente impediti o gravemente ostacolate, l'unico principio che appare in grado di rispettare l'esigenza di promuovere tale evoluzione, per incrementare il benessere della collettività, e, allo stesso tempo, di ridurre al minimo i rischi derivanti dall'esposizione ai relativi pericoli, è quello di responsabilità. Occorre però chiedersi quale sia, e debba essere, la natura di questa responsabilità.

Il quesito ora posto risulta fondamentale nella riflessione che stiamo conducendo. Secondo Jonas, la responsabilità che attualmente grava sugli scienziati, sui tecnologi, ma anche sui legislatori e sui giuristi – e cioè quella di gestire lo sviluppo scientifico e tecnologico preservando l'uomo e l'ambiente naturale in cui questi è biologicamente destinato a vivere – sarebbe una responsabilità generale, e cioè di tutti i consociati, verso le generazioni future. Inteso in questo senso, però, il principio di responsabilità rischia di rimanere un ideale astratto, mentre vi è necessità di renderlo paradigma concreto e operativo⁵³. Di fronte a tal ultima obiezione, Jonas rispondeva che, in sostanza, non si tratta di essere responsabili verso uomini che verranno, bensì verso «l'essere». Ma anche questa precisazione non vale ad evitare alla teoria in parola la contestazione di astrattezza. Se anche si fosse responsabili verso l'essere, i dubbi sopra formulati resterebbero comunque irrisolti. Chi è responsabile? Verso chi? A che titolo? In che modo risponde?

Per rendere operativo il principio di responsabilità, occorre, dunque, muovere alla volta di una sua concretizzazione⁵⁴. È que-

⁵³ Cfr. H. Atlan, *Responsabilità: il principio e le pratiche*, in AA.VV., *Questioni di bioetica*, cit., 225-226, il quale, tra l'altro, afferma: «Sarebbe necessario che il "principio di responsabilità" non restasse solo un principio». V. Id., *De la gnose au principe de responsabilité. Un entretien avec Hans Jonas*, in «Esprit», 1991, 5, 5-21.

⁵⁴ Sul punto, è ancora chiarificatore il pensiero del biofisico Henri Atlan, *Responsabilità: il principio e le pratiche*, cit., 226, il quale non esita ad affermare che: «se si vuole progredire e avere idee più chiare che possano portare ad un atteggiamento operativo, è necessario fare delle distinzioni e individuare tanto i soggetti responsabili, quanto quelli verso cui, o rispetto ai quali, essi sono responsabili».

sta un'esigenza avvertita in primo luogo dal giurista, ma, in definitiva, anche dal filosofo, dal sociologo e dal tecnologo⁵⁵. Quello che si chiede è che il diritto compia le scelte che gli competono e decida in presenza di quali presupposti e in applicazione di quali criteri si debba giudicare la responsabilità attuale di soggetti determinati che con il loro operato producono pericoli e danni ad altri⁵⁶. Compiere tali scelte non è cosa da poco,

⁵⁵ È il caso, a questo proposito, di citare Herbert Spencer, uno dei padri fondatori della sociologia moderna, il cui pensiero è stato spesso, nel corso del XX secolo, dato ingiustamente per «morto» in quanto eccessivamente pervaso da una (presunta) totale fiducia nell'evoluzione naturale (la sentenza fu pronunciata a chiare lettere, tra gli altri, da T. Parson, *La struttura dell'azione sociale*, tr. it., Bologna, 1962, 17). A ben vedere, a Spencer si possono probabilmente rimproverare gli eccessi individualistici delle teorie etiche ed economiche, ma non anche una fiducia aprioristica nel divenire storico. Cfr. H. Spencer, *Principles of Sociology*, London, 3 voll., 1882-1896, tr. it., *Principi di sociologia*, 2 voll., Torino, 1967, vol. II, 405, nonché Id., *Social statistics*, London, 1851, rist. anast., London, 1996, 276, nel quale l'A. conclude: «compito dell'uomo saggio è quello di facilitare l'azione delle forze che realizzano il progresso», per evitare che esso prenda una «falsa direzione» e si tramuti in «regresso» (*op. ult. cit.*, 267). Tali forze, sempre secondo Spencer, ruotano attorno al principio di libertà del singolo consociato, che deve trovare i suoi limiti concreti e fattuali nella libertà altrui e nel principio di responsabilità. Cfr. E. Di Nuosico, *Epistemologia dell'azione e ordine spontaneo. Evoluzionismo e individualismo metodologico in Herbert Spencer*, Soveria Mannelli, 2000.

⁵⁶ Le peculiarità operative attuali e l'accresciuta importanza del principio di responsabilità in ambito giuridico sono evidenti nella vicenda nordamericana dei cd. danni da fumo. Nella questione in parola, alcune corti nordamericane, nel corso degli anni novanta del secolo scorso, sono giunte a condannare i produttori di sigarette a risarcire danni quantificati in somme astronomiche (tra i più eclatanti, v. il caso Engle e altri c. R.J. Reynolds Tobacco e altri – risolto con la sentenza del 14 luglio 2000 emessa dalla Dade County in Florida, giudice Robert Kaye, pubblicata in Italia in «Foro it.», 2000, IV, 449, con nota di Ponzanelli – nel quale le società convenute furono condannate ad un risarcimento per danni punitivi di 144,8 miliardi di dollari), non tanto perché il fumo provoca danni (circostanza nota, di per sé insufficiente a sancire la responsabilità dei produttori, giacché chi fuma – ma, naturalmente, il discorso non vale per i danni da fumo passivo [tra gli studi italiani in proposito, si segnala C. Di Felice, *Il fumo tra divieti, tolleranze e ipocrisie*, in «Nuova rass.», 1996, 1035; G. Ponzanelli, *Fumo passivo e tutela nei luoghi di lavoro*, in «Danno e resp.», 1997, 174; G. Mammone, *La salute dei lavoratori non fumatori*, in «Ambiente», 1997, 425; D. Nazzaro, *Il diritto di non fumare*, in «Giur. it.», 1997, IV, 109; e G. Callegari, *Il fumo ambientale nei luoghi di lavoro*, in «Lavoro giur.», 1998, 1039] – implicitamente accetta il rischio), bensì in quanto i produttori conoscevano già da molti anni la dipendenza psico-fisica che la nicotina determina e avevano mantenuto uno stretto riserbo su questa circostanza, venuta solo in seguito allo scoperto.

Tra i più noti giuristi nordamericani che si sono dedicati alla cd. *tobacco litigation*, vi è certamente Robert Rabin, il quale spiega gli insuccessi delle azioni giudiziarie promosse sino agli anni ottanta dai fumatori danneggiati (unica eccezione, in quegli anni, fu il cd. caso Cipollone, commentato in Italia, tra gli altri, da G. Ponzanelli, *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*, in «Foro it.», 1992, IV, 502; e M.D. Stalteri, *Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipollone: l'«assalto alla Cittadella» è realmente cominciato?*, in «Riv. dir. civ.», 1994, I, 177), sottolineando i limiti istituzionali e finan-

anche perché vuol dire valutare tecnicamente le diverse problematiche; ed anzi può dirsi che essa risulta, senza dubbio, operazione difficile, alla quale, tuttavia, il legislatore è irrimediabilmente chiamato. È proprio il legislatore, infatti, a dover far fronte ai problemi accennati, servendosi di norme giuspubblicistiche, volte a prevenire situazioni di pericolo, e dunque a disciplinare e a controllare lo svolgimento di attività rischiose, nonché delle regole di responsabilità civile, le quali durante il ventesimo secolo si sono dimostrate particolarmente adatte a fungere da strumenti per il perseguimento di moderni obiettivi di politica del diritto⁵⁷.

Operando con i principi di responsabilità civile è, infatti, possibile recuperare la logica della responsabilità di ogni singolo consociato in termini di prevedibilità delle conseguenze delle proprie iniziative, delle proprie scoperte e, più in generale, delle proprie attività, e, dunque, in termini di assunzione giuridica e patrimoniale dei relativi rischi, laddove questi siano prevedibili, evitabili e non giustificati dai vantaggi sociali che l'attività loro

ziari che le iniziative processuali instaurate presentavano, anche perché ad agire erano sempre singoli individui che si scontravano contro imperi economici. Cfr. *Institutional and Historical Perspectives on Tobacco Tort Litigation*, in R. Rabin - S. Sugarman (a cura di), *Smoking Policy: Law Politics and Culture*, New York-Oxford, 1993; *A Social Legal History of the Tobacco Litigation*, in 44 «Stanford Law Review» 853 (1997); nonché *The uncertain future of Tobacco Tort Litigation in the United States*, in «Tort Law Review», 1999, 99. Per Rabin, tuttavia, il maggior ostacolo all'accoglimento delle domande di risarcimento era rappresentato dalla difficoltà di superare un pregiudizio diffuso nella società americana, a tenore del quale perfino il fumatore più sprovveduto non poteva ignorare i danni che il fumo provoca, anche perché, sin dal 1965, il Governo federale aveva imposto ai produttori obblighi di informazione *ad hoc*. La situazione, come si diceva, cambia all'inizio degli anni ottanta perché i danneggiati cominciano ad agire congiuntamente in numero indeterminato (la prima volta fu nel caso Castano/American Tobacco, su cui v. G. Ponzanelli, «Class action», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in «Foro it.», 1995, IV, 305). Inoltre, gli Stati della federazione cominciano singolarmente a prendere posizione contro le imprese produttrici. Tutto ciò mentre nella *tort law* va maturando la concezione per cui è la società civile che, in determinati casi, chiede ed ottiene, indipendentemente da ogni accertamento circa la reale imputabilità del fatto illecito, il risarcimento dai soggetti che economicamente possono far fronte ai danni che con il loro comportamento hanno consapevolmente contribuito a provocare.

⁵⁷ Anche a questo riguardo, emblematico risulta il «caso» dei danni da fumo, visto che esso viene affrontato a livello giuridico – tanto negli Stati Uniti, quanto in Europa – attraverso un uso bilanciato di regole pubblicistiche e responsabilità civile, finalizzato alla realizzazione di un difficile equilibrio tra rispetto della libertà di scelta del fumatore, tutela dai danni provocati dal fumo passivo, e necessità di ridurre l'asimmetria informativa tra produttori e consumatori (anche solo potenziali). Tra le riflessioni italiane più recenti sul punto, cfr. G. Giaccheri, *Nuove figure di illecito nella produzione e nel consumo di sigarette*, in G. Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova, 2002, 325.

collegata produce, e sempre che tali rischi non siano irrimediabilmente nefasti per la collettività. Responsabilità, in altre parole, per quello che si realizza, inventa o produce, per come si utilizza quello che si inventa o produce, per come si comunica ai consociati l'esito delle proprie ricerche o il prodotto della propria attività, per le conseguenze sociali dannose cagionate da ciò che si immette sul mercato e, più in generale, per i danni provocati dall'esercizio di attività più o meno pericolose.

In molti casi, inoltre, se la collettività decide di permettere attività conosciute come dannose, essa deve predisporre strumenti in grado di evitare che le conseguenze negative gravino soltanto su alcuni consociati, organizzando dei sistemi di sicurezza sociale e, dunque, addossandosi l'onere economico costituito dal costo sociale di tali attività. In altre parole, in una società dove i danni sono all'ordine del giorno ed in cui, inoltre, spesso, non è più possibile individuare il responsabile del danno in termini di colpa, né tantomeno di dolo, occorre predisporre meccanismi diversi e nuovi per far fronte al nuovo concetto di responsabilità.

Spetta agli operatori del diritto, ed in particolare al legislatore ed ai giudici, coadiuvati in ciò dalla dottrina, il compito di tradurre in principi giuridici efficienti l'etica della responsabilità. Il che non vuol dire operare, in ogni circostanza e relativamente ad ogni problematica, con la logica aquiliana, bensì modulare, a seconda dei casi, l'intervento dell'ordinamento giuridico in modo tale da massimizzare l'efficienza di quest'ultimo nell'indurre i consociati a porre in essere atteggiamenti responsabili. Peraltro, muovendosi su questo piano, ed ragionando in termini di responsabilità, tanto i singoli legislatori nazionali, quanto i vari legislatori internazionali, potrebbero riuscire a valorizzare quei «principi del diritto riconosciuto dalle nazioni civili» che, secondo alcuni autori, costituiscono «il diritto consuetudinario delle genti» da sempre e costantemente presente ed efficace, benché in alcuni momenti latente, nell'esperienza umana⁵⁸.

⁵⁸ Tale «diritto consuetudinario delle genti» è formato – secondo chi ne sostiene l'esistenza – da principi che necessariamente costituiscono i criteri di giustizia che presiedono alla creazione delle regole giuridiche concretamente operanti; tali principi devono rimanere generali per potere essere specificati e tradotti contingentemente nei diversi momenti storici e secondo le diverse culture dei popoli. Cfr. F. Viola - G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003. V. anche i saggi raccolti in G. Teubner - A. Febbraio, *State, Law, and Economy as Autopoietic System: Regulation and Autonomy in a New Prospective*, Milano, 1992, in cui, tra l'altro, Teubner espone la sua tesi del diritto contemporaneo come «diritto riflessivo», e

7. Uno dei settori in cui più delicato si mostra il rapporto tra nuove tecnologie e concezione tradizionale (se si vuole, naturale) dell'uomo e delle sue relazioni sociali, è, senza dubbio, quello delle cd. biotecnologie. Negli ultimi lustri, infatti, nel campo in parola, il progresso della scienza applicata ha prodotto risultati impensabili sino a pochi decenni or sono, il che, però, in molti casi, ha sollevato problemi giuridici ed etici di primaria importanza e gravità. Nel dibattito che ne è derivato si discute, infatti, di fecondazione umana artificiale, rapporti e *status* familiari, negoziabilità dell'attività genetica e disponibilità del diritto a procreare, e finanche di clonazione umana.

Di fronte ai rischi sociali insiti nelle pratiche in parola, il filosofo Jonas, che ha dedicato gran parte dei suoi studi alla ricerca di un'etica nuova per la civiltà tecnologica⁵⁹, esorta a non ripetere l'errore di Epimeteo, e a tener chiuso il vaso di Pandora delle nuove «avventure» genetiche⁶⁰. Esortazione questa alla quale in ambito giuridico si risponde, prima, affermando, senza mezzi termini, che «il nuovo vaso di Pandora, piaccia o non piaccia, è stato già aperto»; dunque, sottolineando come non abbia senso «organizzare, contro il paventato processo di “snaturamento della natura umana” ad opera della portata “corrosiva” delle biotecnologie, la “resistenza delle categorie giuridiche tradizionali”, mediante le quali “al tutto è possibile di una certa scienza il diritto potrebbe rispondere no”»⁶¹.

cioè come sistema autopoietico immerso in un mondo di sistemi autopoietici, che trae dal rapporto con le altre sfere autoreferenziali sociali i modi ed i contenuti del suo intervento regolatorio.

⁵⁹ Per gli opportuni approfondimenti, v. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit.

⁶⁰ Jonas, dunque, invita il «nostro mondo, così totalmente dissacrato, a darsi nuovi tabù» per far fronte alle più moderne forme di «arroganza creativa». Cfr. H. Jonas, *Mikroben, Gameten und Zygoten: Weiteres zur neuen Schöpferrolle des Menschen*, in Id., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Frankfurt, 1985, saggio tradotto in italiano e pubblicato con il titolo *Creazioni dell'uomo*, in «Il Mulino», 1987, 625.

⁶¹ Così F.D. Busnelli, *Biotechnologie avanzate*, in Id., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 41, il quale critica l'atteggiamento – che L. Ferry definisce «neo-conservatore» (*L'humanisme juridique en question. Réponse à Bernard Edelman*, in «Droit», 13 «Biologie, personne et droit», 1991, 143) – di alcuni giuristi francesi che pretenderebbero di ostacolare l'evoluzione delle biotecnologie. Sempre Busnelli cita, tra i fautori delle tesi neoconservatrici, C. Labrusse-Riou, *L'enjeu des qualifications: la survie juridique de la personne*, in «Droit», 13, cit., 22; e B. Edelman, *Critique de l'humanisme juridique*, in AA.VV., *L'homme, la nature et le droit, sous la direction de B. Edelman ed M.A. Hermitte*, Paris, 1988, 297. E neo-conservatore può certamente essere considerato anche O. Cayala, *Ouverture: bioéthique ou biodroit*, in «Droit», 13, cit., 9, il quale discorre della «incoscienza ga-

Seguendo tal ultima impostazione, una volta ammesso che non è dato al diritto disinteressarsi dei problemi sollevati dalle tecnologie avanzate⁶², e *mutatis mutandis* dell'economia, ed allo stesso tempo che l'intervento legislativo non può avere come obiettivo l'arretramento del fronte tecnologico né la contrazione delle forze economiche operanti nei mercati, ed una volta acclarato (come si è fatto nel precedente paragrafo) che l'ordinamento deve pur sempre perseguire un'ideale di certezza (graduabile) del diritto, occorre domandarsi quale configurazione del formante giuridico possa raggiungere l'obiettivo desiderato e cioè sia in grado di evitare che il binomio tecnologia-economia sfugga al controllo sociale e finisca irresponsabilmente per perseguire risultati avversati dalla più parte dei consociati, così aumentando il senso di insicurezza che, al di là di ogni apparenza, serpeggia prepotentemente nella nostra società.

È questo il punto nodale della problematica in parola. Tra le proposte e le ipotesi avanzate in proposito, quella meritevole di maggiore attenzione parte dal considerare come nella società attuale l'etica sia «senza verità» in quanto tutta ripiegata sul principio di tolleranza, in ragione del quale l'ordinamento dovrebbe consentire e tollerare ogni scelta, ogni credo, ogni desiderio che risulti non in conflitto con interessi di pari importanza⁶³.

L'applicazione indiscriminata del principio di tolleranza, tuttavia, «genererebbe presto il caos se non fosse, a sua volta, limitato da un altro super-principio etico»⁶⁴; sicché, come è stato notato, «l'opzione di fondo tende necessariamente a trascorrere dal principio di tolleranza al suo principio-limite», per individuare il quale, mentre alcuni autori fanno leva sul criterio per

iezza» suscitata, anche in ambienti accreditati, da «l'elenco delle più spettacolari performance "frankensteiniane" della biologia contemporanea».

⁶² A questo proposito, Labrusse-Riou, *op. cit.*, 21, lancia un grido di allarme osservando che: «Se il diritto persiste nel suo disimpegno morale al quale lo incita il pluralismo delle opinioni, la libertà cesserà di essere un fine per ridursi a nient'altro che un mezzo per produrre, selezionare e distribuire [...] esseri umani; la dignità umana, ridotta ad affare di coscienza personale, diverrà negoziabile secondo gli umori e gli interessi. La persona scomparirà dalle istituzioni, e il posto sarà libero per la gestione della carne umana».

⁶³ Per gli opportuni approfondimenti sul punto, v. U. Scarpelli, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, in «Biblioteca della libertà», XXII, 1987, 18; cfr. anche A. Kaufmann, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alla soglia del terzo millennio*, tr. it. di E. Comelli e G. Zaccaria, in «Riv. dir. civ.», 1988, I, 207, in part. 216-217; nonché V. Pocar, *Sul ruolo del diritto in bioetica*, in «Sociologia dir.», 1999, 157.

⁶⁴ Così S. Quinzio, *Perché la tolleranza non basta*, in «Biblioteca della libertà», XXII, 1987, 79.

cui occorre «non creare danni ad altri»⁶⁵, c'è chi più efficacemente osserva: «la tolleranza rende possibile un agire responsabile. Però essa rende possibile anche un agire irresponsabile. Perciò il principio di tolleranza deve essere completato dal principio di solidarietà»⁶⁶, e dunque – secondo chi scrive – dal principio responsabilità giuridica, inteso non solo come limite negativo all'operato dell'uomo (non arrecare danno ad altri), bensì, e cioè anche in linea con la Costituzione italiana, come valore positivo volto ad imporre ai singoli di comportarsi correttamente nei confronti dei consociati in ogni circostanza ed in qualunque condizione.

⁶⁵ Vedi Scarpelli, *op. cit.*, 23.

⁶⁶ Così Kaufmann, *op. cit.*, 217. A tale conclusione, a ben vedere, era pervenuto già Jonas al termine della sua lunga e più generale riflessione sull'etica dell'era tecnologica; cfr. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, cit., in part. 46 e 285, in cui l'A. prima osserva allarmato che: «il progresso e le sue opere hanno luogo più nel segno dell'arroganza che non della necessità»; quindi, afferma: «non permettere che la paura distolga dall'agire, ma piuttosto sentirsi responsabili in anticipo per l'ignoto costituisce, davanti all'incertezza finale della speranza, proprio una condizione della responsabilità dell'agire: appunto quel che si definisce il "coraggio della responsabilità"». Ad essa aderisce anche Busnelli, *op. cit.*, 49, il quale, dopo aver evidenziato i limiti delle tesi fondate sulla libertà e sull'utilitarismo, osserva che il principio della responsabilità «trova il suo più diretto referente normativo negli ordinamenti imperniati sull'affermazione costituzionale della *dignità* dell'uomo [ed] è l'unico che si pone in termini di piena compatibilità con il sistema costituzionale italiano. Esso può indurre, come si è già visto, il filosofo ad una posizione di rifiuto di fronte al progresso delle tecnologie riproduttive [...], ma [...] può anche consentire al giurista, il cui dovere di coerenza è reso più elastico dalla necessità di un confronto concreto con la realtà sociale con cui è chiamato a misurarsi, di selezionare e di condizionare l'accoglimento delle nuove tecnologie, escogitando soluzioni in cui la composizione dei conflitti di interessi si ispiri ad una precostituita "tavola di valori" fondata sul "principio di responsabilità"». Cfr., in prospettiva analoga, D. Messinetti, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in «Riv. dir. priv.», 1999, 493.