



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Messina

COMPLESSITÀ E INTEGRAZIONE DELLE FONTI NEL DIRITTO PRIVATO IN TRASFORMAZIONE⁽¹⁾

1. – La scelta del tema “Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione” si ricollega alle ricerche condotte, soprattutto nell’ultimo ventennio, dal Nostro Onorato e alla sua intuizione secondo cui il diritto privato sta vivendo una fase di profonda trasformazione e non di mera crisi o di semplice evoluzione. I mutamenti, invero propri di ogni tempo, attengono adesso a momenti e caratteri essenziali del fenomeno giuridico, così come trasmessici dalla modernità, nonché alla funzione del giurista e delle categorie concettuali.

Tale trasformazione è stata senza dubbio indotta dalla globalizzazione e dal policentrismo normativo che hanno determinato un nuovo momento storico di emersione della complessità. Complessità che non costituisce il mero presupposto sociologico della riflessione del giurista, ma integra piuttosto il dato connotativo della giuridicità. Il diritto del ventunesimo secolo è il diritto della complessità nel senso che alla complessità sociale, c.d. estrinseca consegue e corrisponde la complessità giuridica, c.d. intrinseca.

La teorica della complessità solleva peraltro ardue questioni epistemologiche. Talora si utilizza la parola complessità come rivestita di un’aurea alchemica di invocazione magica per giustificare o comprovare particolari difficoltà nella comprensione o nella applicazione delle norme.

In effetti il nesso tra complessità e diritto non è agevole da cogliere. Si potrebbe, infatti, assumere che tale rapporto sia di contrapposizione, nel senso che la prima descriverebbe il mondo del disordine (cioè della realtà sociale) ed il secondo quello dell’ordine (cioè delle regole di condotta). Invero, posto che il diritto è espressione e parte della realtà umana e sociale, giacché il reale è complesso, ne consegue che il diritto è un fenomeno complesso. È illusorio pensare che la complessità e il disordine ricorrono in ambito sociale e che poi il diritto e l’ordine regnino in quanto operanti sul piano del dover essere. Può ben verificarsi che date regole giuridiche prefigurino uno stile di vita non pienamente coincidente con i reali assetti di interesse dei consociati. Angelo Falzea nella voce Complessità giuridica, contenuta negli Annali dell’Enciclopedia del diritto, ha così modo di cogliere, quali momenti essenziali e connessi della giuridicità, rispettivamente, una complessità sostanziale, data dall’intreccio degli interessi rilevanti e una comples-

¹ Presentazione al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su “Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione”, Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

JUS CIVILE



sità formale, costituita dall'insieme degli elementi evidenzianti le regole di condotta.

Assunto, quindi, che la complessità giuridica non è altro che una delle espressioni del fenomeno della complessità, va subito rilevato che la complessità non va confusa con la complicazione. Quest'ultima è causata dalla moltiplicazione delle regole e dalla vertiginosa inflazione normativa che comportano incertezza del diritto; la complessità, invece, non attiene ad un problema di tipo quantitativo e non è, quindi, il contrario di semplicità, bensì di semplificazione: ed invero non tutto ciò che è complesso è necessariamente complicato.

La complessità, specie quella giuridica, alimentata dalla internazionalizzazione del diritto e segnata dalla contraddittorietà e dalla indeterminatezza delle regole, delinea piuttosto un ordinamento fortemente segnato da interdipendenze, discontinuità, interazioni e conseguentemente da un inevitabile grado d'incertezza. Un diritto, in altri termini, non più unidirezionale, monistico e a struttura verticale, ma piuttosto pluridimensionale, pluralistico e a struttura reticolare.

La complessità del diritto comporta, allora, la necessità di superare ogni impostazione che lo configuri come un sistema chiuso, certo, fisso, stabilito e stabile e di prediligere un metodo che lo studi come un fenomeno per più aspetti instabile, incerto, discontinuo e aperto. All'immagine tradizionale della piramide subentra quella di rete, nel senso che si constata la presenza di un tessuto giuridico pieno di intrecci e interazioni dove è obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella della problematicità degli assetti normativi e della non perfetta prevedibilità del nuovo equilibrio, comunque transeunte, che il sistema tende a raggiungere.

In questo quadro il giurista deve saper resistere all'ideologia dell'ordine unificante ed evitare di subordinare i fatti ai concetti. Deve, invece, frequentare la dimensione dell'inedito (da non confondere con l'ignoto) e provare a ragionare anche secondo logiche *fuzzy*, cioè sfocate o non rigorose. La mondializzazione del diritto ha infatti moltiplicato le interdipendenze tra sistemi anche molto diversi e prodotto connessi grovigli normativi spesso inestricabili con lo strumento tradizionale. In particolare la coppia classica identità/conformità non è più sempre in grado di dare risposte soddisfacenti ed è quindi necessario utilizzare una logica fondata sulla coppia prossimità/compatibilità, perseguendo essenzialmente l'armonizzazione delle regole con un approccio attento alla comparazione e al riconoscimento della piena operatività dei principi, quali regole adeguate alla complessità, espressione di una razionalità né puramente giuspositivista né puramente giusnaturalista.

Tale rinnovata metodologia non è, peraltro, destinata a modificare l'obiettivo del giurista, che rimane sempre quello di conoscere la realtà giuridica, anche attraverso analisi sistematiche, in modo da garantire un livello adeguato di certezza del diritto in quel dato momento del fluire storico.

Ciò che cambia sono gli strumenti per conseguire quello scopo: i concetti classici semplificanti risultano, infatti, spesso lontani dalla realtà e non sono utili per elaborare risposte soddisfacenti alle sfide della società contemporanea. Non si tratta, allora, di uccidere il concetto, quanto piuttosto di superare il concetto moderno astratto e unificante a favore di un concetto con funzioni di concatenamento e di connessione, rispettoso della pluralità e capace di cogliere la

JUS CIVILE



c.d. *unitas multiplex*, l'uno nel molteplice e il molteplice nell'uno. In effetti la pressione della globalizzazione genera uno stato di inquietudine e però la complessità giuridica non può sfociare in un positivismo empirico, che si atteggi poi, come rileva Falzea, o nella visione ottimistica di un rigido normativismo o in quella pessimistica di un opaco fattualismo.

Una diversa impostazione, che non ritenga possibile convertire il disordine in un nuovo seppur temporaneo ordine, non riuscirebbe invero ad evitare lo spettro del relativismo. I ritmi evolutivi incalzanti delle esigenze umane e le linee di sviluppo contraddittorie della società rendono problematici l'adeguamento e la stessa individuazione delle regole, ma il potere dell'interprete, – pur nella consapevolezza che non è fuori ma dentro il circolo ermeneutico, è *conditor iuris*, fattore esso medesimo di diritto-, non deve precipitare nell'arbitrio. La compresenza del disordine della casualità e dell'ordine della causalità va composta e tendenzialmente superata attraverso una ricca tipologia normativa e cioè attraverso meccanismi adeguati al diritto della molteplicità e della mutevolezza dei valori giuridici. Occorre cioè orientarsi verso un approccio basato su una epistemologia costruttivista e sull'idea di un pluralismo ordinato dove la decisione è il risultato della considerazione dei vari ambiti e livelli che compongono il sistema, in modo che le regole ordinatrici della complessità svolgano una efficace azione di contenimento delle azioni disgregatrici della anticomplessità.

2. – Questo processo di trasformazione del diritto privato contemporaneo non si sviluppa, peraltro, in modo omogeneo, bensì secondo modalità discontinue, altalenanti e diverse da materia a materia. Così, l'istanza globalizzatrice e internazionalista delle questioni privatistiche, – principale volano della complessità contemporanea-, ricorre senz'altro in tutti i campi, ma in alcuni settori e cioè in quelli ove sono presenti forti interessi e forze sociali che la esigono, la dimensione sovranazionale della giuridicità va rapidamente imponendosi, mentre in altri tale evoluzione, ancorché significativa, è più lenta e comunque risulta frenata da localismi e regionalismi. In particolare, da ultimo, il vento demagogico del nazionalismo sembra mettere in crisi lo stesso processo di integrazione europea e far riemergere una dimensione statale delle regole. In questo modo, però, non si riscoprono e valorizzano, come sarebbe opportuno, le diversità all'interno di un quadro generale di valori sociali condivisi, bensì si danno risposte emozionali ed inutili, fornire solo di ulteriori pericolose diseguaglianze e discriminazioni tra i popoli e nei popoli.

Al di là, comunque, di queste ultime considerazioni, è certo che ricorrono ambiti giuridici privatistici con differenti gradi di complessità, a seconda che i fattori sinora ricordati che la connotano siano più o meno intensamente ricorrenti e così, tipicamente a seconda che si riscontrino una maggiore o minore concentrazione di autorità o centri dai quali promanino indicazioni normative, a loro volta dotate di una più o meno intensa capacità di incidere effettivamente sul processo decisionale ed operativo partecipando alla formazione e garantendo il rispetto della regola.

Nei campi nei quali si è assistito ad un rapidissimo progresso della scienza e della tecnica ed è quindi massima la pressione economico-sociale alla mondializzazione, non ha sempre corri-

JUS CIVILE



sposto una parallela adeguata rimodulazione delle regole giuridiche ed anzi possono riscontrarsi preoccupanti ritardi e difficoltà nel prospettare una regolamentazione che mitighi il disordine e assicuri soluzioni giuste, nella prospettiva di un, seppur parziale, recupero della certezza del diritto. In alcuni settori del diritto privato, specie in quello dei diritti della persona e delle tecniche di gestione della vita e in quello dell'autonomia privata e dei contratti delle grandi imprese e di quelli finanziari, si è invero accumulata una estrema varietà di regole: accanto alle tradizionali fonti statali, se ne sono aggiunte altre provenienti da una moltitudine di organismi europei o internazionali (ne sono stati contati circa duecento) ed anche direttamente dagli stessi protagonisti del sociale (si pensi ai codici di autodisciplina o alla c.d. *lex mercatoria*), ma tale massa di materiale *lato sensu* normativo presenta rilevanza e portata spesso incerte, e comunque non di rado costituisce un intricato groviglio ai limiti della praticabilità, spesso ambiguo e contraddittorio, dalla difficile se non impossibile sistematizzazione.

In questo quadro fenomenico stanno in fatto prevalendo sullo scenario internazionale attori giuridici portatori di interessi economicamente forti. L'infinità e l'indeterminatezza delle regole proposte o ricorrenti a vari livelli e in vari ambiti ha determinato oggettivamente "vuoti" di regolamentazione all'interno dei quali si sono, inoltre, diffuse le prescrizioni della tecnica. Già Cartesio, nel Discorso sul metodo, notava che "la moltitudine delle leggi fornisce spesso delle giustificazioni ai vizi". In realtà uno dei paradossi della complessità giuridica e del policentrismo normativo consiste proprio nella ricorrenza di una disordinata congerie di regole che ha prodotto, almeno in alcuni campi, un'assenza di regole, un diritto debole, nel senso che in mancanza di disposizioni che a livello europeo ed internazionale forniscano risposte adeguate alle sfide della contemporaneità e soprattutto soluzioni effettivamente garantite e rispettate, si è sostanzialmente realizzata una situazione di libertà incontrollata, dove poteri privati deresponsabilizzati gestiscono i loro interessi praticando prevalentemente regole che loro stessi si sono date. E, così, sia nella delicata materia dei diritti della persona, sia nel settore del diritto patrimoniale e quindi del contratto e della proprietà, si assiste a livello planetario alla dittatura della tecnica e dei capitali che la alimentano e quindi a fatti anomali quali – per ricordarne alcuni, tra loro diversi, ma comunque connessi – forme di estrema concentrazione della ricchezza oppure modalità di gestione incontrollate del bene vita.

3. – A prescindere da queste notazioni, pare, comunque, potersi rilevare che la complessità giuridica debba indurre il giurista ad essere più realista e ad evitare di assumere concetti a priori assolutamente astratti e con pretese unificanti; occorre invece procedere con logiche che ricerchino le concatenazioni e nella consapevolezza della fluidità del fenomeno giuridico, quale sistema aperto ed imperfetto, segnato da aporie e contraddizioni, da leggere nel rispetto della diversità e della pluralità.

Sotto questo profilo assolutamente significativa è la vicenda del diritto privato europeo. Qui, come è noto, opera un insieme ormai molto vasto di regole, formatesi in via sia legislativa sia

JUS CIVILE



giurisprudenziale, che trae la sua origine nelle regolamentazioni degli istituti proprie degli ordinamenti nazionali degli Stati aderenti all'Unione europea, ma che al tempo stesso è destinato a relazionarsi e ad interagire con quelle discipline, chiamate a loro volta ad armonizzarsi col diritto europeo. Le indicazioni contenute nelle disposizioni finali della Carta europea dei diritti fondamentali della persona (la c.d. Carta di Nizza) in ordine ai criteri da adottare per la sua interpretazione e applicazione rappresentano, in particolare, una importante indicazione metodologica per cogliere l'ordine mobile interno ad un sistema complesso. Il riferimento a una serie di dati o elementi, talora in ipotesi anche in parziale contraddizione tra loro, da tenere in conto in sede ermeneutica, esprime proprio la ricchezza e l'attualità di un percorso che ben può essere assunto a modello dell'epistemologia contemporanea. E, così, si dispone che in sede di ricerca della regola occorre aver riguardo, oltre che ai principi del diritto dell'Unione, a quelli risultanti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed ancora a quelli integranti tradizioni costituzionali comuni degli ordinamenti dei paesi membri e a quelli contenuti in singole Costituzioni nazionali. Senza dire, poi, che è prescritto al tempo stesso il rispetto del contenuto minimo essenziale di ciascun diritto e il divieto del suo abuso, per favorire il temperamento delle varie disposizioni in un'ottica comunque attenta al rispetto del principio di proporzionalità. Si danno, quindi, una pluralità di indicazioni che, esaltando il ruolo dell'interprete, tendono a mitigare l'incertezza del diritto in un sistema con un assetto a raggiera, dove le stesse norme (quelle europee), dovendo essere coordinate con quelle di ciascuno ordinamento nazionale, possono assumere significati in qualche misura differenti ed adattarsi ai vari contesti. Un diritto, in altri termini, a geometria variabile, un sistema dove si oscilla tra eterogeneità ed omogeneità nell'ambito di quella *unitas multiplex* propria degli insiemi complessi.

Anche le indagini di Vincenzo Scalisi sul diritto contrattuale europeo dimostrano come solo mettendo in rapporto dialogico di circolarità il diritto uniforme europeo e quello dei diversi ordinamenti nazionali è possibile cogliere un unitario e fondante nucleo di senso, nella prospettiva della ricerca del miglior diritto possibile. In particolare la prospettiva aperta e duttile del *regolamento contrattuale* viene fatta oggetto di una vera e propria costruzione policentrica e multilivello (volontaria, legale, giudiziale, amministrativa), sicuramente inedita per estensione e intensità, con invalidità e inefficacia direttamente chiamate anch'esse nel ruolo strategico di rimedi conformativi.

4. – L'estensione di questo metodo alla maggior parte delle materie di interesse privatistico, ormai caratterizzate da complessità giuridica, conduce allora il giurista a ricorrere a elementi interpretativi che, senza tralasciare le opzioni classiche del criterio di competenza e soprattutto di quello gerarchico, tendano a privilegiare il criterio dell'integrazione delle fonti, l'unico nel tempo del policentrismo normativo e della complessità in grado di ridurre l'incertezza e di fornire risposte quanto più possibile adeguate ai problemi di interesse dei consociati. Detto criterio, più in particolare, si fonda sul c.d. circolo autopoietico, e cioè sul rilievo che la rete dei processi di

JUS CIVILE



produzione produce i suoi componenti che a loro volta producono la rete stessa e comporta di conseguenza la realizzazione di un interscambio assiologico tra i dati normativi rilevanti a vari livelli, siano essi di tipo legislativo, giurisprudenziale, consuetudinario o di provenienza dai privati. Si realizza, così, una integrazione tra tutte le fonti nel senso che ciascuna di esse, in quanto parte di una rete, è chiamata ad interagire con le altre e ad influire sulla loro portata, cosicché l'interpretazione di ciascuna deve essere condotta alla luce del raffronto con le altre, prescegliendo quindi di ognuna il significato che la renda compatibile con l'insieme e ne limiti l'instabilità.

Un sistema privatistico sostanzialmente e formalmente complesso presenta peraltro inevitabilmente al suo interno contraddizioni e irrazionalità. La funzione del giurista contemporaneo è allora anche quella di provare a cogliere la potenzialità creativa delle aporie e di ricomporre il tessuto sgranato della giuridicità, tentando, in un'ottica di giustizia, di prospettare ed utilizzare uno strumentario concettuale e categoriale fortemente rinnovato, concreto ed aderente al reale, che limiti il disordine e soprattutto argini ogni deriva non in linea con le esigenze sociali emergenti dal mondo dei fatti. Uno strumentario, ancora, come insegna Vincenzo Scalisi, che abbandoni la logica del pensiero unico e si apra al pluralismo, che non abbia timore nei confronti del nuovo, che sia flessibile e consenta di acquisire al tempo stesso incompatibilità e interdipendenze, dissonanze e vicinanze.

Il processo di decostruzione delle categorie tradizionali, lontano dall'essere completato, non deve quindi essere fine a se stesso, con deriva nichilistica, ma funzionale ad una continua ricostruzione dello strumento concettuale. Il pensiero complesso non rifiuta l'ordine né la chiarezza. Solo ci avverte che sono comunque temporanei, in quanto sopraggiunto il nuovo, l'imprevisto, l'incerto, l'opera ricostruttiva deve ricominciare senza sosta nel continuo divenire della storia. In questa logica la trasformazione del diritto privato impone, come afferma il nostro onorato, una rinnovata centralità dell'operazione ermeneutica, in una prospettiva veritativa orientata a giustizia "impegnata nella scoperta della normatività del fatto attraverso la lettura della giuridicità ordinamentale della vita sociale, e per un fine che è quello di ricavare una regola di azione destinata a rifletterla integralmente".