

**CONTRIBUTO DI  
NICOLETTA MARZONA**

Dopo l'ampia ed approfondita di Marco Botturi svolgerò alcune considerazioni più ridotte, che però tengo a proporre, sia per la lunga amicizia che mi lega a Paolo De Carli, sia per l'interesse del tema, molto vicino alla visione del diritto propria del mio maestro, Giorgio Berti, sia perché credo che, specie per le opere scientifiche, ogni rilievo critico sia sintomo di interesse, e quindi debba essere benvenuto.

In primo luogo, crea qualche perplessità il titolo che, senza dubbio, è fedele al contenuto, però utilizza un vocabolo "emersione" che definirei, oltre che poco comune, anche poco gradevole.

Il che non è del tutto banale, dato che il titolo, in quanto elemento di identificazione di un lavoro, probabilmente contribuisce a sminuire o, al contrario, sottolineare il valore di uno studio.

Una seconda valutazione emerge facile e immediata, se si confrontano le idee di fondo di cui il lavoro è svolgimento.

Il diritto è presentato come frutto della naturale e spontanea giuridicità che contrassegna la dimensione associativa della vita umana o che dà struttura alle relazioni di contenuto economico.

E tuttavia l'Autore proclama anche la sua convinta adesione al concetto positivista del diritto, proprio della dottrina continentale europea (e anche di chi, notaio avvocato, fa del diritto la propria professione).

Insomma, da un lato si sottolineano quelle che per l'Autore sono le principali forze della società civile sul piano della capacità di produrre norme, il mercato e la dimensione privato-sociale; da un lato, si delinea cioè con chiarezza la società istitutrice. Dall'altro, ma nello stesso tempo – vale a dire nella medesima opera e in termini altrettanto netti – si aderisce al positivismo giuridico, cioè ad una concezione del diritto che sta insieme ad altre, ben note caratteristiche, come la esclusiva statualità, l'imperatività, la chiusura sistematica, la legalità formale.

Matrice sociale del diritto e impianto teorico positivista sono, a mio modesto avviso, due chiavi di lettura difficilmente compatibili tra loro.

Si può proseguire anche con riferimento ad un altro basilare principio che caratterizza, come mette in luce l'Autore, l'ambito del privato-sociale: il principio di sussidiarietà, oggi riconosciuto pure dal diritto positivo (europeo e, più di recente, anche costituzionale italiano), ma nato senza dubbio come regola non scritta delle relazioni tra vari corpi di differente matrice che compongono la società.

L'affermazione di tale principio nell'ordinamento può suggerire una integrazione o un completamento della riflessione di De Carli sulla società civile, attraverso l'analisi e il confronto con l'altro distinto polo che ad essa tradizionalmente si oppone, la società politica.

Della copiosa dottrina sul punto, è sufficiente richiamare due indicative conclusioni.

Superato il mondo feudale, nel quale gli elementi della società civile avevano anche significato politico, la società civile stessa si rende autonoma dalla società

politica, ma al prezzo di una propria automizzazione o dissoluzione nei singoli individui. I diritti di libertà, in quanto diritti naturali dell'uomo, vengono separati dai diritti politici che sono, al contrario, creati dallo Stato. La stessa uguaglianza formale degli uomini, come ricompresi nello Stato politico, lascia sopravvivere la loro disuguaglianza reale come componenti della società civile<sup>1</sup>.

E allora, "il diritto politico diviso dal diritto civile riflette... sull'uomo la divisione tra politica e società, e in realtà declassa l'individuo, lo indebolisce e lo mantiene suddito"<sup>2</sup>.

Come si vede, la distinzione società civile/società politica ci porta dritto dritto ad una logica che è propria dello Stato liberale di diritto, a sua volta traduzione giuridica della teoria positivista<sup>3</sup>.

Il punto chiave che si dovrebbe superare è, come già sopra chiarito, che non si riesce a spiegare la società istituyente se si resta ancorati al positivismo e al modello di Stato che della teoria positivista costituisce traduzione. E ancora, non si perviene ad un quadro complessivamente armonico se, oltre che riaffermare il positivismo, si limita la capacità creativa del corpo sociale all'ambito del diritto privato e alla parte privatistica dei rapporti economici.

Creatività sociale e sussidiarietà quali profili essenziali dell'ordinamento giuridico coinvolgono tanto la sfera privatista (o, se si vuole, del privato-sociale) che la sfera pubblica (o del potere, dell'imperio).

Se il diritto come prodotto della società è in sintonia con l'appartenenza al popolo della sovranità, così il principio di sussidiarietà mal si accorda con la legalità formale, e sembra piuttosto stare insieme con altri canoni basilari, quali l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure rispetto al risultato, la lealtà nella collaborazione e nelle intese tra più soggetti, la parità delle posizioni giuridiche, la capacità e conoscenza specifica della materia o dell'oggetto che si intende disciplinare<sup>4</sup>.

Per questa via, "l'emersione giuridica della società civile" non sarebbe sminuita o ridimensionata, piuttosto completata e integrata in modo da contrassegnare l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

---

<sup>1</sup> Si veda al riguardo l'analisi contenuta nella voce "Situazione giuridica" nell'Enciclopedia Feltrinelli Fischer, vol. 31, Diritto 2, edizione italiana, Milano, 1972, p. 445 ss., spec. p. 450 ss.

<sup>2</sup> G. Berti, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, spec. p. 56.

<sup>3</sup> Un noto esempio di tale modello di Stato è, per il nostro Paese, quello disegnato nello Statuto albertino, e in particolar modo concretizzatosi nella famosa legge abolitrice del contenzioso amministrativo, l. 20/03/1865, n. 2248, all. E, art. 2.

<sup>4</sup> G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, p. 175.