
Saggi

Esiste uno stile giuridico neo-liberale? Uno studio per Francesco Denozza *

Is there today in Law a Neo-Liberal style?

Vincenzo Di Cataldo **

ABSTRACT:

Questo saggio si confronta con la situazione attuale di molti settori del diritto commerciale, ove dottrina e giurisprudenza sembrano procedere senza una vera cornice di riferimento. L'Autore crede che questo, in un mondo soggetto ad evoluzione continua ed accelerata, sia inevitabile, e sia pure sostanzialmente corretto, quanto meno per la ricerca di decisioni su problemi nuovi, lontani dai precedenti. Suggerisce di ricollegare il mondo del diritto al mondo delle scienze sperimentali, ed auspica un ruolo più pregnante della ragione, in prosecuzione ideale della grande rivoluzione dell'Illuminismo.

Parole chiave: stile giuridico – Neo-liberalismo – Neo-Illuminismo

This article tries to evaluate the current situation of many sectors of Business Law, where both doctrinal works and judge made law seem to proceed in their search for a good and fair solution of the problems of today without caring for theoretical frames. The Author says this is something appropriate and correct for an everchanging world. In our world – at least when deciding on problems particularly different from the already known problems – we must proceed per trial and error, without relying on the past. The article proposes to connect the world of Law with the world of the experimental sciences, and wishes for a more active role of the reason, in an ideal renewal of the great revolution of the Enlightenment.

Keywords: legal style – Neo-Liberalism – Neo-Enlightenment

SOMMARIO:

1. Un bel dibattito in corso. – 2. Un panorama senza una cornice di riferimento. – 3. È giusto arrabbiarsi per questo? – 4. Un mondo in evoluzione continua e accelerata può avere “cornici”? – 5. Una precisazione dialettica. – 6. Cornici vecchie per problemi nuovi? – 7. Anche il diritto è una scienza sperimentale. – 8. Francesco Denozza e il caso HUAWEI. – 9. Una “illusione mortifera” ... – 10. ... o il “lume della ragione”?

* Relazione al Seminario “Esiste uno stile giuridico neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza”, tenuto nella Università Statale di Milano il 30 ottobre 2019.

** Professore ordinario di diritto commerciale dell'Università degli studi di Catania. E-mail: vdicataldo@dicataldozappala.it.

1. *Un bel dibattito in corso.*

Ho seguito con curiosità e attenzione i lavori che si sono svolti sul tema della esistenza o non esistenza di uno “stile giuridico neo-liberale” – prima, nei vivaci seminari organizzati da Roberto Sacchi e Alberto Toffoletto a Milano, poi nel bel volume da loro stessi curato¹. Ma li ho seguiti anche con un certo senso di estraneità, perché sono rimasto sempre a distanza di sicurezza dai grandi dibattiti sui grandi principi. Ho sempre cercato di interpretare le norme nel modo che credevo migliore, nel modo che provi a valorizzare al meglio la loro funzione, che è, mi sembra², quella di migliorare la collaborazione fra uomini e risolvere i conflitti tra uomini. Ma, consapevole della enorme complessità del problema e dei miei limiti, mi sono tenuto sempre lontano dal meta-diritto, dalla riflessione del diritto sul diritto stesso.

E dunque, se sono stato invitato ad interloquire su questo tema non è certo perché abbia già in passato proposto su di esso qualche mia riflessione. Devo l’invito soltanto alla amicizia che mi lega da tanto tempo a Francesco Denozza, ed ho accettato perché desidero qui esprimergli la mia gratitudine per il ruolo importante di guida che ha avuto, fin da quando eravamo ragazzini, per me e per tutta la mia generazione. Cercherò di fare del mio meglio.

2. *Un panorama senza una cornice di riferimento.*

Esiste uno stile giuridico neoliberale? Sono assolutamente d’accordo con quanto Francesco Denozza ha evidenziato. L’odierna epoca neoliberale ha suoi caratteri molto precisi ed evidenti, ma lo “stile” dei giuristi di oggi – almeno, nel nostro settore – non ha nulla di liberale e non è neanche uno “stile”, se con questa parola intendiamo qualcosa di organico e coerente.

Manca una cornice, una teoria di riferimento. La cornice precedente è saltata, non era più adatta ai nostri tempi, e non è stata sostituita.

Il diritto di oggi – e questo è particolarmente vero per il diritto antitrust, ma riguarda tutto il diritto delle attività economiche. Riguarda anche, ad esempio,

¹ *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale?*, Atti dei Seminari per Francesco Denozza, a cura di R. Sacchi e A. Toffoletto, Giuffrè, Milano, 2019.

² Francamente non vedo quale altra possa essere la funzione del diritto. Ho provato a scriverlo in *A che cosa serve il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017. Mi stupisce molto non tanto vedere che questa idea non è particolarmente diffusa, quanto che la maggior parte della gente, giuristi compresi, non si pone neppure il problema se il diritto serva a qualcosa.

il diritto delle società commerciali e la proprietà intellettuale – si caratterizza, tra l'altro, per due note abbastanza facilmente individuabili.

In primo luogo, il diritto di oggi tende ad affrontare i problemi partendo dall'analisi delle singole operazioni – o transazioni. In campo legislativo, si assiste alla creazione di regole sempre più speciali e dettagliate, sempre più “diverse” dall'assetto anteriore. In campo giudiziario, ogni decisione tende sempre più a presentarsi come decisione del singolo caso, più o meno espressamente evitando di proporsi come qualcosa che si innesti sul già vissuto e possa impegnare anche altri più ampi orizzonti.

In secondo luogo, gli enunciati del diritto amano predicare una propria significativa depoliticizzazione. I problemi da risolvere sono considerati tutti problemi strettamente tecnici, privi di rilievo politico.

Il diritto antitrust, ma anche il diritto delle società, pensa di risolvere tutto in termini tecnici. Il mito dell'efficienza promette una soluzione ottimale per qualunque problema giuridico. L'efficienza viene fatta coincidere con l'interesse del consumatore, ma non si comprende bene come questo venga identificato.

Il mantra di Chicago è ancora tra noi, nonostante dichiarazioni in senso contrario si sprechino. Anzi, forse, queste dichiarazioni si moltiplicano proprio perché non sono vere, e lo si sa. Potrebbe proprio dirsi che il virus di Chicago è particolarmente diffuso nel nostro ambiente, grazie a moltissimi portatori sani i quali si sforzano di dire che ne sono immuni.

3. È giusto arrabbiarsi per questo?

Sono quindi d'accordo con l'analisi del panorama che ci circonda. Non mi sento però d'accordo con chi lo valuta sconcertante. Per certi versi, sarei più portato a vederlo come un panorama esaltante. In altri termini, è giusto arrabbiarsi per questo?

Certo, “è sempre giusto arrabbiarsi”. Questa è una delle grandi frasi scolpite nella mia memoria. L'ho appresa quando avevo quindici o sedici anni, da quella arrabbiata cronica che era, e credo sia ancora, Mafalda³.

³ Questa frase è scolpita nella mia memoria in termini così vividi che non sono affatto sicuro di averla appresa proprio da Mafalda. Potrei averla trovata per un caso diverso in qualche altro momento della mia vita; o forse si tratta di una mia inconsapevole rielaborazione di una frase più o meno diversa. E quando mi è accaduto di cercarla risfogliando per ore pacchi di riviste da me religiosamente conservate in mezzo alla polvere, legate anno per anno con pezzi di spago di varia provenienza, non l'ho mai ritrovata – in compenso, ne ho ritrovate altre, altrettanto strepitose.

Allora arrabbiamoci. Ma fino a che punto arrabbiarsi? E, soprattutto, per cosa esattamente arrabbiarsi?

Qui forse – è la mia opinione, ma, mi piace pensarlo, questa è l’opinione più volte espressa da Francesco Denozza – c’è un processo da governare, non un panorama da esorcizzare. Un processo con importanti opportunità.

4. *Un mondo in evoluzione continua e accelerata può avere “cornici”?*

Oggi sappiamo di trovarci in un mondo in evoluzione continua e accelerata, molto, molto più del mondo di ieri. L’universo è stato sempre in divenire, ma in altri tempi il mutamento era forse più lento, e non se ne aveva piena consapevolezza. Oggi la tecnologia evolve a ritmo accelerato. L’ambiente in cui viviamo e operiamo è sempre più incerto e imprevedibile. Il contesto sociale si modifica incredibilmente senza soste. Le nostre idee, il nostro pensiero mutano costantemente. Il ritmo della vita si accentua ogni giorno. Tutto cambia di continuo con cadenze accelerate intorno a noi e dentro di noi⁴.

Tutto questo accade in una rete di connessioni che non riusciamo a comprendere fino in fondo e in tutte le sue componenti. È facile capire che se il ghiaccio dell’Artico si scioglie gli orsi bianchi muoiono; più difficile è capire che anche la barriera corallina – che sta a varie migliaia di miglia di distanza – è messa a rischio dallo scioglimento dei ghiacci. Ce lo ha dovuto ricordare una ragazzina impertinente, forse discendente, o a dirittura reincarnazione, del

La stessa cosa mi è accaduta, del resto, con qualche altra grande frase, come la frase stupenda di Jules Feiffer: “Io solo conosco davvero il rigo 12 di pagina 47 di Billy Budd. Se qualcuno vuole organizzare un convegno su questo rigo, deve chiamare me”. È l’ultimo quadro di una doppia *strip* che si apre più o meno così: “Fin da bambino ho avuto una grande passione per lo studio della letteratura inglese. A quindici anni conoscevo già tutta la poesia e la prosa scritte negli ultimi dieci secoli in lingua inglese”. Nei cinque o sei quadri successivi il protagonista dice di essersi concentrato progressivamente su un orizzonte di studi via via più ridotto, finché non arriva a un solo rigo, appunto il rigo 12 di pagina 47 di Billy Budd. Questa frase giurerei di averla letta quand’ero al ginnasio – quindi tra 1964 e 1967 – su una rivista che allora si chiamava “Dimensioni”, poi “Dimensioni oggi”. Ma non giurerei che citasse davvero Billy Budd o qualche altro grande romanzo, né che i numeri del rigo e della pagina fossero proprio quelli che ricordo. L’ho cercata anche aggirandomi per ore nelle librerie di libri usati di New York, e non l’ho mai trovata. Continuerò a cercarla, ma se qualcuno la conosce o la trova, lo prego di farmelo sapere.

⁴Le frasi che ho riferito nel testo ricorrono di continuo nei libri, nelle riviste, nei giornali, nei *talk-show* televisivi, nelle conversazioni quotidiane – almeno degli ultimi due decenni. E sono vere. Fra quelli che le hanno proposte con maggiore attenzione si veda H. ROSA, *Accelerazione e alienazione*, trad. it. E. Leonzio, Torino, Einaudi, 2015.

bambino – quasi suo conterraneo, del resto, e rimasto purtroppo anonimo – che Hans Christian Andersen sentì per la prima volta dire “il re è nudo”⁵. Ma è sempre difficile capire davvero che un battito d’ali di una farfalla nelle Filippine può provocare una valanga nelle Ande⁶.

Tutto questo è vero per il mondo fisico, ed è vero anche per i mondi in cui abita e si muove il nostro pensiero, per il nostro contesto sociale e per il nostro ambiente giuridico.

La nostra riflessione su quello che succede è sempre successiva al fatto. Le nostre idee si propongono sempre su un fatto che è già accaduto, su una situazione che frattanto è già cambiata. E quindi le norme che noi scriviamo, le interpretazioni che elaboriamo, le teorie che inventiamo sono sempre anteriori ai fatti che vorrebbero comprendere, interpretare, regolare, perché le abbiamo pensate riflettendo sui fatti già accaduti.

Tutto questo si è sempre saputo. Quello che però ci sfugge è che se il mondo resta fermo, ed i fatti si ripetono identici – e se il mondo si muove poco, e i fatti si ripetono quasi identici – è possibile che la riflessione sul fatto di ieri sia adeguata a comprendere, interpretare, regolare il fatto di oggi, perché il fatto di oggi è identico, o quasi identico, a quello di ieri. Se, invece, come accade oggi, il mondo evolve rapidamente, è ben poco probabile, o del tutto improbabile, che la riflessione sul fatto di ieri ci aiuti a capire il fatto di oggi, perché il

⁵ La fiaba ha titolo *I vestiti nuovi dell'imperatore*, e in essa è scritto “ma non ha niente indosso!” (leggo da H.C. ANDERSEN, *Fiabe*, a cura di A. Manghi e M. Rinaldi, nei Millenni di Einaudi, Torino, 1954, 76). Siamo tutti convinti che il bambino in realtà disse davvero “il re è nudo”, e tutti lo ricordiamo così, ma Andersen era molto puritano, e riferì l'accaduto con parole più pudiche.

Secondo una voce segnalata dalle curatrici dell'edizione da cui cito, nella loro Nota introduttiva, a pagina X, per questa fiaba Andersen avrebbe tratto ispirazione da una novella del principe spagnolo Don Manuel. Certo, se questa voce – peraltro non generalmente accettata – fosse vera, una discendenza di Greta Thunberg dal bambino danese sarebbe più difficile da credere, ma non impossibile.

⁶ Riferisco la frase che ricordo con sicurezza, ma non saprei dire dove l'ho letta o sentita per la prima volta. Si suole dire che il c.d. Effetto farfalla è ispirato ad un racconto di R. BRADBURY, *Rumore di tuono* (1952), in cui si immagina che nel futuro vengano organizzati viaggi all'indietro nel tempo, e che un viaggiatore del futuro, arrivato in un'epoca remota, calpesta una farfalla, provocando una catena di conseguenze allucinanti. L'Effetto farfalla è stato poi studiato soprattutto dai meteorologi. Edward Lorenz lo analizzò per primo, in uno scritto del 1963. Egli utilizzò dapprima l'immagine delle ali di gabbiano, ma in seguito passò alla farfalla. Una sua conferenza del 1979 ha titolo “Può il batter d'ali di una farfalla in Brasile provocare un tornado in Texas?”. Da allora la farfalla vola in varie parti del mondo, e le conseguenze del suo batter d'ali si moltiplicano, comprendendo uragani, terremoti e varie altre catastrofi, e localizzandosi nei posti più disparati.

fatto di oggi è diverso, a volte molto diverso, da quello di ieri. Nulla di strano, quindi, che – oggi più che ieri, molto più che ieri – la nostra riflessione spesso non funzioni, cioè non sia capace di darci una buona soluzione di un problema che appare come nuovo, di avanguardia.

Questo spiega perché oggi non è facile creare cornici, teorie. O meglio, non è facile creare cornici che riescano davvero a svolgere un ruolo attivo nella comprensione del presente – quanto meno, di quel presente che si è distanziato dal pregresso. E per questo andiamo a tentoni, guardando il singolo problema che di volta in volta ci appare, con gli occhi di chi lo vede, appunto, per la prima volta.

Bene – o male che sia. Se questo è il quadro, la mia idea è che il nostro odierno modo di procedere “a vista”, dopo aver buttato alle ortiche le cornici e le teorie di ieri – o forse, dopo averle sistemate sullo scaffale delle cose non più in uso, ma con cura, perché in fondo ci sono care, e ci sono state utili, – non è sbagliato, anzi, è l’unico modo accettabile. Meglio non avere teorie che conservare e continuare ad utilizzare teorie ormai vecchie e superate, teorie che non potrebbero svolgere un ruolo positivo rispetto ad un mondo cambiato.

5. Una precisazione dialettica.

Le osservazioni che ho proposto contengono – per la ragione, puramente dialettica, di mettere meglio e maggiormente in luce il nodo centrale della mia idea – un’evidente forzatura, che non sarà sfuggita neanche al lettore più distratto.

Il mondo di oggi – e lo stesso sarà vero, probabilmente, anche per il mondo di domani – continua comunque a presentare – accanto ad una serie crescente di fatti nuovi ed inediti – una serie decrescente, ma ancora molto consistente, ed anzi ancora maggioritaria, di fatti e problemi che sono ancora identici a quelli di ieri.

Non potrebbe certo dirsi che fino a ieri il mondo era sempre uguale, e che oggi tutto è assolutamente nuovo. Quello che è cambiato, e cambia in termini accelerati, è la proporzione, il rapporto “quantitativo” tra vecchio che si ripete e nuovo che appare: il vecchio che si ripete è in via di progressiva riduzione – pur essendo ancora numericamente enorme; il nuovo che appare è in via di progressivo incremento, e guadagna terreno a ritmo accelerato – pur essendo ancora numericamente contenuto.

Per il vecchio che si ripete il modo consueto di operare continua a funzionare: utilizziamo, per il vecchio che si ripete, e si ripete con numeri ancora grandi, le idee e le regole che abbiamo pensato in precedenza. Ma, in effetti,

regolare il vecchio che si ripete non è poi un gran problema. Per il nuovo che appare, però, e che appare in numeri sempre più grandi, questo modo di operare non funziona, e dobbiamo inventarne un altro⁷.

6. Cornici vecchie per problemi nuovi?

Fatta questa necessaria precisazione, possiamo riprendere il filo del discorso dalla conclusione del § 4. Procedere senza cornici e senza teorie, per i problemi nuovi, non è sbagliato, anzi, è l'unico modo accettabile. Non sarebbe ragionevole utilizzare per problemi nuovi teorie ormai vecchie e superate, perché queste non potrebbero svolgere un ruolo positivo rispetto a fatti e problemi nuovi.

Propongo una controprova. Alcuni problemi di oggi, se li guardiamo alla luce di una teoria preconstituita, sono insolubili, o non sono risolvibili in modo accettabile, proprio perché sono del tutto nuovi, sono troppo diversi dai problemi di ieri, che hanno dato occasione alla costruzione di quella teoria.

Penso, tanto per fare un esempio, al problema – lo descrivo qui nel modo in cui è stato descritto negli ultimi decenni – della interferenza tra diritto antitrust e proprietà intellettuale. Qualcuno si meraviglia per il fatto che non si riesce a “conciliare” il diritto antitrust con il problema degli *standard setting patents* (SEP), pur dopo avere concordato sull'idea che – in presenza di talune condizioni, generalmente descritte in termini talmente vaghi da non riuscire ad intendersene praticamente nulla – il rifiuto di concedere licenza su un diritto di proprietà intellettuale costituisce abuso di posizione dominante – dunque, illecito antitrust.

Perché meravigliarsi? I problemi evocati dagli *standard setting patents* sono troppo diversi dai problemi dei boicottaggi vissuti nei – lontanissimi, per l'ambiente dell'alta tecnologia! – anni Ottanta del Novecento. E per risolvere oggi in modo accettabile il problema degli *standard setting patents* non è importante, anzi, può essere controproducente, pensare che lo si debba risolvere in un modo che sia coerente con – o coordinato con, o derivato da – la regola

⁷Non posso indugiare qui, per ragioni di spazio, su vari sub-problemi tutt'altro che secondari e di non semplice soluzione. Ad esempio i seguenti. Vecchio e nuovo si presentano spesso in modo da non essere immediatamente e sicuramente riconoscibili come tali. Vecchio e nuovo spesso si mescolano, dando vita a fatti “misti”, che non è facile scomporre, e non è facile dire a quale trattamento – come vecchio o come nuovo – convenga assoggettarli. Vecchio e nuovo possono presentarsi con gradazioni diverse, e probabilmente rappresentano gli estremi di una scala continua i cui punti intermedi può essere operativamente incerto come trattare.

antica, pensata anni luce fa, del rifiuto di dar licenza su un *copyright* opposto da alcuni operatori televisivi ad un editore di un giornaletto – cartaceo! – che voleva pubblicare una guida agli spettacoli⁸.

Analogamente, e gli esempi potrebbero moltiplicarsi, il problema della c.d. *record date* ha bisogno di una soluzione, e, ovviamente, di una soluzione soddisfacente. Ha senso o non ha senso che nell'assemblea di una società per azioni quotata venga ammesso al voto anche chi ha venduto le azioni nei giorni immediatamente precedenti l'assemblea stessa⁹? Ma una soluzione soddisfacente non riesce a provenire dalla cornice – anzi, da qualcuna tra le tante cornici – che fin qui ha gestito il diritto societario, i temi classici del ruolo e del funzionamento dell'assemblea, e del diritto di intervento e di voto del socio.

Può sembrare eccessivo e presuntuoso dirlo, ma dobbiamo decidere cosa sia, cosa vogliamo che sia, cosa debba essere, il mestiere del giurista, oggi. Quello di cercare di risolvere i problemi di oggi con le idee di ieri, o con idee che siano derivate dalle idee di ieri, e siano con esse coerenti? Ovvero quello di provare ad inventare la soluzione migliore possibile per i problemi nuovi, che si presentano oggi per la prima volta? La prima strada è una strada bellissima, di grande fascino, piena di misteri, capace di attrarre talenti e risorse incredibili, ma forse porta con sé la magia – il virus, potremmo dire oggi – del pifferaio di Hamelin. La prima strada è quella che ha portato, e ancora porta, e porterà, migliaia e migliaia di uomini e donne a cercare la città tutta d'oro che ha nome Eldorado, un vaso sacro che si chiama Graal, l'isola che non c'è. È una strada che ha fatto anche scoprire orizzonti importanti, ma sempre diversi da quelli alla cui ricerca si era partiti.

L'altra è la strada, modesta e artigianale, di chi cerca faticosamente, in buona volontà, di gestire in qualche modo, in un modo che possa essere condiviso, i problemi reali del suo tempo. È la strada del giudice, che deve risolvere ogni problema, via via che arriva, e, nei settori di avanguardia, non ha “punti di riferimento”, non può contare sulla possibilità di applicare “a colpo sicuro” la soluzione che ha dato, in passato, ad altri casi.

⁸ Mi riferisco a Corte Giust. CE, 6 aprile 1995, in cause riunite C-241/91 e C-242/91, Radio Telefis Eireann e Independent Television Publ. Ltd c. Commissione e Magill TV Guide Ltd (caso Magill).

⁹ Per tutti si veda C. ANGELICI, *La “record date”*, in *Governo delle società quotate e attivismo degli investitori istituzionali*, a cura di M. Maugeri, Milano, Giuffrè, 2015, 67 ss.

7. Anche il diritto è una scienza sperimentale.

Perché stupirsi? Inquadriamo il mondo del diritto ed il ruolo del giurista – cioè noi stessi – in una prospettiva più ampia. Biologia e antropologia ci dicono – anche se il mondo del diritto non sembra essersene mai accorto, non sembra averne consapevolezza – che l’evoluzione dell’uomo procede essenzialmente *per trial and error*, per tentativi ed errori. Davanti alle sfide della continua evoluzione del mondo la specie umana – come ogni altra specie – ha una limitatissima capacità di progettazione. Forse non ne ha nessuna. In realtà, si muove a tentoni, fidando sul fatto che tra innumerevoli risposte date dai molti che si confrontano con il problema nuovo emerga anche una risposta che riesca – per caso? – a risolverlo davvero in modo soddisfacente. E questo non può non esser vero anche per il diritto. Siamo noi giuristi a non saperlo, a non sapere che anche il diritto è, in questo senso, una “scienza sperimentale”. Occorre che siano altri – come Francesco Priolo¹⁰, un fisico – a dircelo, e noi ce ne meravigliamo.

Forse, tra i grandi pensatori delle ultime generazioni, quello che ha più coerentemente visto, in questa prospettiva, il parallelo tra l’evoluzione biologica e l’evoluzione sociale è Karl Popper. Egli, nella sua complessa opera, purtroppo oggi poco letta, ha insistito ripetutamente sulla disfunzionalità, e quindi sulla pericolosità, di progettazioni sociali che si proponessero come olistiche e intrinsecamente coerenti. Non siamo in grado di comprendere l’intero, tentativi così ambiziosi non possono riuscire. Meglio, ribadisce Karl Popper in vari passaggi di un’opera complessiva audace ed iconoclastica – penso soprattutto a “La società aperta e i suoi nemici”¹¹ – procedere a pezzi isolati, meglio una ingegneria sociale gradualistica, una ingegneria sociale a spizzico.

Procedere per tentativi ed errori, nel mondo organico, significa affidarsi a due grandi forze, il caso e la necessità. Chi non crede alla favola del “disegno intelligente” sa che le mutazioni si susseguono casualmente, e che poi la selezione naturale le valuterà. Nel mondo del pensiero, procedere per tentativi ed

¹⁰ Francesco Priolo è un fisico della materia, ora Rettore della mia Università. Ha detto lui che il diritto è, appunto, una scienza sperimentale, introducendo un seminario sul tema “A che cosa serve il diritto”, presso la Scuola Superiore di Catania, di cui allora era Presidente, il 22 marzo 2018.

¹¹ “La società aperta e i suoi nemici” apparve nel 1945, ed ebbe varie successive edizioni. L’Italia del secondo dopoguerra, divisa tra due diverse fedi, entrambe totalizzanti, idealismo e marxismo, non era pronta a riceverla, e, nonostante l’impegno profuso da pochi, non credo l’abbia mai realmente conosciuta. L’opera fu tradotta e pubblicata in Italia solo nel 1973 da Armando Editore. Me ne regalò una copia Vittorio Majorana, pochi anni dopo la nostra laurea, nel 1975. Ne abbiamo discusso assieme per anni, prima che se ne andasse via.

errori può forse non essere un procedere del tutto a caso. Se utilizziamo la ragione, possiamo far crescere, non saprei se poco o molto, le possibilità di trovare, prima o poi, una soluzione accettabile.

La ragione è strumento assai duttile, possiamo valercene in direzioni diverse. In primo luogo, possiamo aumentare le prospettive di esito positivo dei nostri tentativi utilizzando la ragione come un simulatore mentale, esplorando mentalmente *ex ante* le alternative in astratto ipotizzabili, in modo da scartare *a priori* le strade che alla ragione si rivelano poco promettenti.

In secondo luogo, la ragione consente di valutare *ex post* i tentativi di volta in volta effettuati, e ci offre la possibilità di cambiare approccio se i loro esiti possono essere valutati non soddisfacenti.

Ecco, questo, forse, è il solo punto di riferimento accettabile, questa è la sola “cornice” che non rischia di intorbidire il *setting* operativo in cui pensiamo al singolo problema, e ne cerchiamo una soluzione soddisfacente. La cornice si riduce a questo solo: uso della ragione e ricerca di una soluzione che sia utile, cioè che incrementi la cooperazione e/o riduca i conflitti. Uso della ragione vuol dire – se proprio devo azzardarmi a ricordarlo in poche battute – cercare in primo luogo una piena comprensione del fatto. Vuol dire poi – e l’ordine non è casuale – dipanare con pazienza il groviglio di idee, cornici, teorie, giudizi di valore, precomprensioni e quant’altro alberga ed opera senza posa, a nostra insaputa, nella nostra mente, e portarlo tutto alla luce del sole. Ed ancora, saggiare ciascuna idea, ciascuna componente di questo bagaglio, prezioso e pericoloso insieme, scegliere tra di esse consapevolmente quella che meglio si addice a quel fatto. Poi, infine, esporre al dibattito pubblico, insieme con la soluzione che riteniamo preferibile, le premesse che in noi l’hanno motivata. In modo che noi stessi, e chi ci sta intorno, possiamo conoscere il percorso mentale che ci ha guidati, possiamo ripercorrerlo e valutarlo.

Così poco, in fondo, che può sembrare una non-cornice, una cornice che manca. Così tanto, che se la utilizzassimo davvero, e la seguissimo veramente fino in fondo, tutto sarebbe un po’ più semplice, e il mondo sarebbe certamente migliore.

8. Francesco Denozza e il caso HUAWEI.

Tutto questo è perfettamente noto a Francesco Denozza, ed in varie occasioni il suo lavoro ce lo mostra. Vorrei qui guardare rapidamente, come “*case study*”, il suo recente commento alla decisione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso HUAWEI¹².

¹²Corte Giust. UE, 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE*

Il caso contrappone HUAWEI, titolare di uno *standard setting patent* – cioè di un brevetto che copre una tecnologia assunta a standard di settore, ed è dato in licenza a tutti a condizioni FRAND, cioè *fair, reasonable and non-discriminatory* – a ZTE, altro operatore del settore. ZTE ha aperto con HUAWEI una trattativa per la licenza, l’ha condotta in modo da portarla per le lunghe invece di finalizzarla verso la conclusione del contratto, ed avvia l’utilizzazione dello standard prima che il contratto di licenza sia stato concluso. A questo punto HUAWEI agisce in inibitoria contro ZTE per contraffazione di brevetto. ZTE reagisce denunciando giudizialmente il comportamento di HUAWEI come abuso di posizione dominante. Il problema posto all’esame del giudice antitrust è quindi questo: è o non è autore di un abuso di posizione dominante il titolare di un diritto di brevetto che copre una tecnologia elevata a standard di settore il quale pretenda di inibire, in virtù del brevetto, l’utilizzazione di quella tecnologia a chi ha chiesto a lui la licenza, ma non l’ha ancora ottenuta?

La Corte, come è noto, dà ragione al titolare del brevetto, affermando che così vuole l’interesse dei consumatori.

La critica di Denozza – la riferisco per grandi linee, invitando chi non la conosca a leggerla per intero in originale – è centrata sull’idea che qui la Corte non ha effettuato nessuna analisi empirica del mercato che potesse consentirle di vedere quali esattamente siano, nella situazione in esame, gli interessi dei consumatori. L’interesse dei consumatori, nel discorso della Corte, non ha alcuna valenza empirica, è solo uno slogan.

Se si analizza davvero la realtà, ci si accorge subito che i consumatori, rispetto al problema in esame, non hanno tutti lo stesso interesse. Tra loro esistono differenze importanti, e rilevanti ai fini della soluzione del problema, soprattutto quanto a propensione a pagare l’innovazione, e quanto a propensione al rischio. E non è possibile identificare l’interesse dei consumatori operando una sorta di somma algebrica degli effetti che questa pratica – lo stesso discorso potrebbe farsi per ogni pratica – ha sulle varie “serie” di consumatori. In definitiva, chi osserva la realtà si accorge che non è possibile cogliere sul piano empirico un unico o prevalente interesse dei consumatori.

È allora inevitabile una “scelta politica”: quale fra i tanti interessi dei consumatori merita di essere preferito? Ovvero, quale gruppo di consumatori deve essere preferito?

Più in generale: quali sono, in questo caso, in ciascun caso, i veri interessi

Corp. e ZTE Deutschland GmbH. Il commento di F. DENOZZA è intitolato *The future of anti-trust: concern for the real interest at stake, or etiquette for oligopolists?*, in *Rivista ODC*, 2017, I, 1 ss.

delle parti? Quali sono gli effetti di ciascuna soluzione per le parti, per il sistema delle imprese, per i consumatori, per il mercato? Queste domande devono essere ripetute ogni volta, e possono dare, volta a volta, risposte diverse. Non avrebbe alcun senso identificare una volta per tutte e in astratto un “interesse dei consumatori” e utilizzare poi questo criterio come un *passpartout*, uno strumento *bon à tout faire*, buono a risolvere ogni problema. L’interesse dei consumatori deve essere scelto di volta in volta, identificando tutti gli interessi, tra loro diversi, che emergono dall’analisi empirica, e valutandoli uno ad uno, non a partire da idee preconcepite, ma sulla base di una scelta politica che deve essere esplicitata e motivata.

Anche Francesco Denozza si avvicina così a quella “alta torre” intorno alla quale “c’è molto vento”. Quella alta torre che, nella visione di Kant, o, forse, nella visione che di Kant ci propone Karl Engisch¹³, ospita – o nasconde? – i nostri valori – preesistano essi a noi, o siano nostra creazione, è altro problema, che non mi sentirei qui – né altrove – di affrontare.

9. Una “illusione mortifera” ...

Mentre preparavo questa riflessione, e rileggevo il commento di Francesco Denozza alla decisione del caso HUAWEI, mi è venuto alla mente come Piergaetano Marchetti, un pomeriggio di febbraio del 2018, se non ricordo male, a Torino, ha concluso il suo intervento ad un seminario di presentazione del bel libro di Paolo Montalenti “Impresa, società di capitali, mercati finanziari”.

¹³ KARL ENGISCH, nella sua *Introduzione al pensiero giuridico* – cito dalla traduzione italiana della quarta edizione tedesca, a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Répaci, edita nel 1970 da Giuffrè Editore, nella collana *Civiltà del diritto*, 293-294. Una copia di questo libro mi fu regalata da Federico Stella nell’estate del 1972, dopo la mia laurea, e mi è molto cara – così scrive: “... nell’appoggiarci all’idea di diritto a scapito della legge corriamo il pericolo di abbandonare del tutto il fruttuoso terreno dell’esperienza e di avvicinarci a quella «alta torre della metafisica del diritto», intorno alla quale, sono parole di Kant, «vi è molto vento»”. Probabilmente Engisch si riferisce al passo dei *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können* (leggo dalla edizione curata da K. Vorländer, Leipzig, 1905), che così dice: “*Hohe Türme, und die ihnen ähnliche metaphysisch-grosse Männer, um welche beide gemeiniglich viel Wind ist, sind nicht vor mich*”. In traduzione italiana: “Le alte torri e i grandi metafisici simili ad esse, intorno ai quali (sia le une che gli altri) generalmente spirano molto vento, non sono fatti per me” (*Prolegomeni ad ogni metafisica futura*, trad. di P. Martinetti, Milano, Bocca Ed., 1913. Io non sarei mai riuscito a trovare in internet queste due frasi. Lo ha fatto per me Carla Vasta, senza che io glielo chiedessi, e la ringrazio). Mi par di capire che Engisch intende, nel suo passo, esprimere attenzione e rispetto per qualcosa che, invece, Kant forse non aveva mostrato di apprezzare.

Lo ha fatto tirando fuori un libretto di poche pagine, copertina gialla, stropicciato e un po' sconnesso, forse per avere abitato a lungo nella tasca della giacca del suo proprietario. Era una raccolta di poesie di Wisława Scymborska¹⁴, e da quel libretto ha letto alcuni brani di una breve poesia, che ha titolo "vecchio professore" – o forse l'ha letta per intero. L'Autrice conversa – ponendogli alcune domande – con un vecchio amico, che è appunto un vecchio professore, ma in realtà è una sorta di doppio dell'Autrice, così che la conversazione ha il sapore di un dialogo con sé stessa.

Non conoscevo allora questa poesia. Poi l'ho riletta tante volte, e ormai quasi la conosco a memoria. Una delle prime strofe dice così: "Gli ho chiesto se sa ancora di sicuro cosa è bene e male per il genere umano. – È la più mortifera di tutte le illusioni – mi ha risposto". E, poco dopo: "Gli ho chiesto se gli capita di essere felice. – Lavoro – mi ha risposto".

La prima frase è terribile, e tutti quelli che come noi si occupano di diritto – ma, forse, non solo loro. Penso ai moralisti, e soprattutto ai politici – dovrebbero riflettere su di essa almeno dieci minuti ogni giorno. Non pensiamo forse tutti noi, in fondo, di sapere perfettamente "cosa è bene e male per il genere umano"? Ed ecco invece la verità, semplice e brutale, ma del tutto ovvia: "È la più mortifera di tutte le illusioni".

Questa conclusione, però, non giustifica anarchia, caos, disimpegno. Pur sapendo che non avremo mai certezza su bene e male, la risposta a "tu cosa fai?" è, semplicemente, "Lavoro". Impossibile esprimersi con maggiore rispetto e maggiore *understatement* – mi spiace non conoscere la parola corrispondente nella lingua polacca. Dobbiamo continuare a cercare una risposta ai nostri problemi, anzi, e questo è il compito – terribile, no? – che la collettività affida ai giuristi, cercare una risposta ai problemi di ogni uomo che ci sta vicino. Nonostante i risultati siano modesti e le prospettive ben poco incoraggianti.

10. ... o il "lume della ragione"?

Vado a chiudere. Non saprei dire se esiste o non esiste uno stile giuridico

¹⁴La raccolta ha titolo "Due punti", è stata pubblicata nella traduzione di Pietro Marchesani da Adelphi nel 2006. Marchetti molto cortesemente mi ha inviato il giorno dopo per e-mail le due pagine della poesia. Alberto Andronico, con il quale ho avuto occasione di parlarne appena rientrato a Catania, anticipando il mio acquisto, mi ha regalato una copia del libro. Una copia che è presto diventata, anch'essa, stropicciata e un po' sconnessa, come è inevitabile che accada ai libri belli, ai libri che amiamo.

neoliberale. Forse esiste. Forse non esiste. Ma non credo che questo sia un grosso problema, e non credo che sia questo il problema che fa arrabbiare Francesco Denozza.

Il vero problema è che per ogni problema nuovo, per ogni problema a soluzione davvero incerta, non possiamo valerci di criteri euristici sicuri. Ma dobbiamo ugualmente continuare a cercare per essi una risposta – che, senza poter essere perfetta, sia quanto meno accettabile. E per questo il solo aiuto affidabile è la ragione, per la quale, non per caso, in una stagione felice dell’umanità, è stata creata l’espressione “il lume della ragione”.

Da più di due secoli il nostro mondo ha vissuto quella grande rivoluzione che è stata l’Illuminismo – l’unica che veramente meriti il titolo di “rivoluzione culturale”, creato secoli dopo per rivolgimenti molto meno preziosi. Ma è una rivoluzione non ancora compiuta, che dobbiamo continuare, pazientemente, giorno per giorno.