

PARTE PRIMA

COSA COMPARARE

Gli oggetti della comparazione giuridica

Sommario

Capitolo primo. COMPARAZIONE E CRITICA AL GIUSPOSITIVISMO. – 1. Il giuspositivismo e l'unicità della regola di diritto. – 2. Un punto di vista interno sul diritto. – 3. Dal diritto positivo alle norme: giuridiche e sociali. – 4. Il successo del giurista.

Capitolo secondo. UN PUNTO DI VISTA ESTERNO SUL DIRITTO. – 1. Dalle norme ai poteri: la dimensione politica del diritto. – 2. L'analisi istituzionale e il pluralismo giuridico. – 3. La tradizione giuridica e il potere del giurista. – 4. L'esperienza giuridica. – 5. Il diritto come cultura.

CAPITOLO PRIMO
COMPARAZIONE E CRITICA
AL GIUSPOSITIVISMO

1. Il giuspositivismo e l'unicità della regola di diritto

I comparatisti sono soliti presentare la loro materia come una reazione allo studio dei diritti nazionali, tradizionalmente condotto da autori poco attrezzati a valorizzare punti di vista alternativi a quelli tipici dell'ordinamento di provenienza. L'attenzione per i diritti diversi dal loro, porta infatti i comparatisti a vivere in una sorta di «idolatria trasgressiva» che induce a relativizzare quanto i «sacerdoti del diritto locale» considerano verità assolute per poi assumere una pluralità di punti di vista. In tal senso si usa dire che il discorso comparatistico è «un discorso ribelle, un contro discorso, un discorso di resistenza»¹, e che il diritto comparato costituisce uno strumento di conoscenza critica del diritto cui riconoscere una valenza «sovversiva» dell'ordine prodotto dall'«ortodossia teorica»²: innanzi tutto l'ortodossia cui si deve la riduzione del diritto alle sue fonti formali di produzione, ma più in generale quelle che impediscono di «espandere l'agenda delle possibilità disponibili»³.

Tra gli ostacoli alla conoscenza critica del diritto campeggia il positivismo giuridico o giuspositivismo: un approccio i cui fondamenti teorici furono definiti nel corso del Settecento per molti aspetti tuttora resistente, motivo per cui si annovera tra i principali bersagli della comparazione giuridica. Il giuspositivismo conduce infatti a un'immagine talmente falsata e banalizzata del diritto studiato, che la

¹ P. Legrand, *Droit comparé*, 5^a ed., Paris, 2015, pp. 21 e 24.

² H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 505.

³ G. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 695.

credenza secondo cui sia invece produttivo di buoni risultati, come ritenuto ancora nello studio dei diritti nazionali, viene equiparata a una fede mitologica⁴.

A ben vedere, al positivismo giuridico si possono riconoscere meriti importanti, soprattutto dal punto di vista storico. Se non altro, esso fu determinante nel far tramontare le strutture ereditate dalla società feudale, alla base di un ordine sociale immobile fondato sulla differenza di ceto, per cui l'individuo veniva sciolto entro le molteplici comunità in cui operava: da quella familiare a quella religiosa, da quella politica a quella economica.

L'ordine di tipo feudale traeva forza e legittimazione dal suo essere ritenuto un fatto naturale, un dato preesistente agli individui, che dunque erano diseguali dalla nascita e condannati a restare tali lungo l'intero arco della loro vita. Il tutto presidiato da un diritto, naturale appunto, le cui regole erano sottratte alla disponibilità degli individui: non erano da questi poste, e tanto meno potevano essere da questi alterate.

Un simile assetto mutò per l'evolversi del diritto naturale, che con l'illuminismo finì per assumere le vesti di un diritto razionale, ricomprendendo così principi ricondotti alla ragione, oltre che alla natura: come in particolare quello per cui gli individui sono considerati liberi e uguali dalla nascita. Determinante per il superamento dell'ordine feudale fu però la riduzione del diritto naturale a insieme di precetti filosofico morali, in quanto tali produttivi di soli vincoli interni. Quei precetti potevano ritenersi diritto solo se venivano posti da un legislatore terreno: di qui l'identificazione del diritto con la legge, unica fonte capace di produrre vincoli esterni, quindi giuridici. E questa identificazione, alla base del concetto di diritto posto o positivo, fu appunto il nucleo portante del giuspositivismo.

Più precisamente questa fu la versione francese del positivismo giuridico, non a caso definito in termini di positivismo legislativo. Esso venne incarnato dalla figura di Napoleone Bonaparte nella sua veste di padre del Codice civile francese del 1804, testo alla cui redazione prese personalmente parte, per poi concepire ruoli del tutto marginali per gli studiosi impegnati a commentarlo, così come per i giudici chiamati ad applicarlo. Gli studiosi si sarebbero limitati a una mera parafrasi del testo: di qui il nome di Scuola dell'esegesi, coniato per alludere al ruolo secondario riservato alla dottrina sino a tutto il

⁴Cfr. P. Legrand, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1995, p. 968.

diciannovesimo secolo (II.1.2). Similmente, i giudici avrebbero declinato le parole del legislatore al livello del caso concreto avendo cura di non alterarle o integrarle: semplicemente sarebbero stati la bocca della legge.

È vero che quest'ultima espressione viene mutuata dalla teoria della separazione dei poteri così come elaborata da Montesquieu, il quale pensava anche a una equiparazione di quei poteri, quindi a un loro reciproco bilanciamento. Peraltro, e in questo risiede l'essenza del positivismo legislativo, nell'esperienza francese la separazione dei poteri venne riletta alla luce dell'organicismo espresso dall'idea della nazione come corpo politico collettivo⁵. Di qui l'esaltazione del potere legislativo, che in quanto espressione più diretta della volontà popolare doveva sovrastare gli altri poteri, e in particolare il potere giudiziario: quest'ultimo era ritenuto una sorta di potere subordinato o delegato (II.3.3).

Una diversa forma di giuspositivismo si affermò invece in area tedesca, dove la Scuola storica lo combinò con le istanze alimentate dalla reazione al sistema di valori alimentato dalla Rivoluzione francese prima, e dal sistema di potere napoleonico poi. Reazione romantica, e dunque antilluminista, alla base della credenza secondo cui il diritto positivo era quello posto dal popolo, o meglio dallo «spirito popolare»⁶, al pari di altre manifestazioni culturali, come la lingua e l'arte. In tutto ciò il potere legislativo non avrebbe prodotto diritto, pena la mortificazione dell'incessante impeto creativo del popolo, in quanto tale non suscettibile di essere catturato in testi normativi. Il compito di produrre diritto sarebbe spettato alla scienza giuridica, incaricata di identificare il diritto posto dal popolo e soprattutto di ridurlo a sistema coerente e completo di concetti e precetti.

Questo schema reca una contraddizione di fondo, alla base del passaggio dalla Scuola storica alla Pandettistica, giacché finisce per smentire le premesse da cui prende le mosse: nel momento in cui traduce le creazioni dello spirito popolare in costruzioni immutabili, la scienza giuridica finisce per comportarsi esattamente come il male di cui pretende di costituire il rimedio. È comunque questo il fondamento del positivismo scientifico, dottrina chiamata a legittimare un diritto di carattere sapienziale. Un diritto capace di essere inti-

⁵ P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Roma e Bari, 2014, pp. 749 s. e 754 ss.

⁶ F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840, p. 18 ss.

mamente armonico solo se viene tenuto al riparo dall'arbitrio del potere politico, dalla sua inclinazione, considerata nefasta, a improvvisare costruzioni giuridiche⁷.

Si badi che in Germania il positivismo scientifico risulta solo in parte superato per effetto della codificazione del diritto, ovvero della situazione in cui il diritto viene posto da un legislatore e dunque identificato con la legge. E ciò non dipende solo dal fatto che il Codice civile tedesco del 1894 si basa ampiamente sulle elaborazioni della scienza giuridica. Si decise infatti di non introdurre nell'articolo definizioni di concetti generali, per evitare così il rischio di una cristallizzazione del diritto almeno al livello delle sue categorie portanti⁸. Era peraltro evidente la finalità prima di una simile scelta: riservare alla dottrina, e dunque consentirle di condividere con il potere politico, notevoli spazi di manovra come fonte di produzione delle innumerevoli regole giuridiche in cui compaiono concetti generali non definiti dal legislatore.

Possiamo a questo punto riprendere le fila del discorso condotto dai comparatisti circa la funzione sovversiva della loro materia. L'intreccio delle due forme di giuspositivismo, quello legislativo e quello scientifico, sintetizza infatti ciò che essi considerano essere il costume mentale tipico dei cultori del diritto interno, e quindi il principale obbiettivo delle loro critiche.

Le due forme di giuspositivismo si sono sviluppate a supporto di teorie e pratiche che hanno inteso riscattare il diritto dalle rappresentazioni di chi lo riduceva a fenomeno immutabile e in qualche modo trascendentale, con ciò ostacolando il moto verso l'affermazione di istanze illuministe prima e romantiche poi. Ciò attiene peraltro a quanto abbiamo ricordato essere i meriti storici del giuspositivismo, che evidentemente non possono più essere richiamati a fondamento di un approccio allo studio del diritto che ha fatto il suo tempo. E che sopravvive in particolare attraverso la riproposizione di un suo corollario: il principio della unicità della regola di diritto, più o meno esplicitamente connesso al mito della completezza e coerenza dell'ordinamento giuridico, così come ricostruita dalla scienza giuridica a partire dalle parole del legislatore.

Se infatti i cultori del diritto interno registrano, e non potrebbero

⁷ G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni presso il popolo romano* (1841), vol. 1, Milano, 1858, p. xxvii s.

⁸ I Pandettisti richiamavano nel merito il motto di Giavoleno, secondo cui *omnis definitio in iure civili periculosa est* (D. 50, 17, 202).

fare altrimenti, la pluralità di letture che di un testo legislativo possono essere fornite, finiscono poi inesorabilmente per esercitarsi nell'individuazione dell'unica lettura ritenuta corretta. Essi ammettono insomma una verità giuridica unica, una sola interpretazione possibile tra le molte proposte entro la comunità scientifica, o individuate dalla giurisprudenza in sede di applicazione della regola di diritto al caso concreto. Precisamente:

Nella nostra attività di giuristi territoriali noi rendiamo onore a questo principio di unità. Il nostro massimo sforzo di civilisti è quello di scoprire il modello giuridico all'interno di un determinato ordinamento. Posto un determinato quesito giuridico, noi facciamo ogni ragionevole sforzo per trovare la risposta (al singolare) al quesito; vogliamo trovare la norma (al singolare) che regola quel determinato fenomeno. È vero che per conoscere questa norma noi, dopo aver letto il codice, diamo un'occhiata ai repertori di giurisprudenza; è vero quindi che già in questo momento della ricerca del dato giuridico noi siamo disposti a considerare l'esistenza di una legge e l'esistenza di qualche cosa di completamente diverso dalla legge. È vero che in pratica noi giuristi romanisti, se in modo mentitorio affermiamo che andiamo a cercare il diritto nella legge, in realtà impariamo a conoscerlo dai libri... è vero quindi che da un punto di vista realistico noi apprendiamo il dato giuridico dal libro, poi lo verifichiamo sul codice, poi lo verifichiamo sulla giurisprudenza; è vero quindi che in un certo modo ci comportiamo come se a livello conscio distinguessimo nel nostro diritto una legge, una dottrina e una giurisprudenza; è vero che empiricamente sappiamo che si possono dare casi in cui la giurisprudenza non coincide con la dottrina, in cui la legge antiquata o irragionevole è stata superata da un'interpretazione più adatta, elaborata dai giudici o dai professori. È vero tutto questo; ma è anche vero che, nel reticolato di nozioni sottogiacenti al nostro modo di pensare come giuristi territoriali, troviamo l'idea per cui la risposta ad un quesito giuridico, nell'ambito di un ordinamento dato, è una sola. C'è una sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza.

È evidente che la legge potrebbe subire più di una interpretazione; ma proprio questa circostanza rinforza il principio dell'unicità della regola di diritto. Se più interpretazioni sono astrattamente possibili, si dirà che una di esse è esatta. La dottrina si imporrà come fine quello di identificarla e di indicarcela. Se la dottrina procede attraverso formule abbastanza vaghe, la giurisprudenza, strettamente legata alla pratica, arricchirà la regola dei dettagli che sono necessari per completarla. Si torna dunque all'assioma della unicità della regola di diritto⁹.

⁹R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7^a ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Milano, 2019, p. 56.

Per meglio illustrare la distinzione tra l'approccio dei comparatisti allo studio del diritto e quello tradizionalmente utilizzato dai giuristi, definiremo il primo come punto di vista esterno e il secondo come punto di vista interno. Prima di approfondire i due concetti occorre però avvertire che non si allude qui a una distinzione oramai consolidata nella filosofia del diritto: quella per cui si definisce esterno il punto di vista dell'osservatore che non si sente vincolato dal contenuto delle regole, e interno quello dell'osservatore che invece le utilizza come fondamento della sua condotta¹⁰.

2. Un punto di vista interno sul diritto

Il principio giuspositivista della unicità della regola di diritto presuppone e alimenta una precisa delimitazione del concetto di diritto: lo identifica con l'insieme dei precetti che, seppure con la mediazione della scienza giuridica, sono riconducibili o attribuibili al potere politico. Ciò significa concepire la riflessione sul diritto come un fatto meramente tecnico, come un'attività valutativa cui riconoscere finalità unicamente applicative: significa ritenere il cultore del diritto connivente con il potere politico, ovvero intendere il suo operato come parte integrante del momento prescrittivo¹¹. E proprio questo conduce a quanto abbiamo indicato come punto di vista interno sul diritto, ovvero all'osservazione del diritto come variabile indipendente dal contesto in cui viene prodotto e applicato¹².

Il punto di vista interno sul diritto produce un'immagine ben definita dell'ordinamento giuridico, ritenuto capace di fornire soluzioni a tutti i conflitti prodotti da quella società che pretende di rappresentare in termini meramente formali. Quel punto di vista produce cioè, inevitabilmente, una rappresentazione dell'ordinamento come insieme completo e coerente di regole, in quanto tale privo di lacune e antinomie. Se si ammettesse la loro presenza, si finirebbe per affermare, in modo incontrovertibile, la necessità di considerare il dato sostanziale delle vicende cui si applicano le costruzioni tecnico giuridiche: si finirebbe per valorizzare le fonti non formali di produzione del diritto.

¹⁰ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2^a ed., Oxford, 1997, p. 89 ss.

¹¹ Ph. Jestaz e Ch. Jamin, *L'entité doctrinale française*, in *Dalloz*, 1997, Chron., p. 172.

¹² V. Pocar, *Guida al diritto contemporaneo*, 4^a ed., Roma e Bari, 2012, p. 7 ss.

Per convincersi di quanto sia radicata l'immagine dell'ordinamento funzionale ad alimentare il punto di vista interno sul diritto, è sufficiente considerare le tecniche interpretative che i cultori del diritto sono chiamati a utilizzare. In massima parte quelle tecniche si fondano sulla possibilità di ridurre il diritto alla legge, ovvero a quanto prescritto dalle fonti formali di produzione, anche quando questa riduzione presuppone il ricorso a finzioni. Così è ad esempio per l'argomento psicologico, per cui l'interprete è chiamato a riferirsi alla volontà del legislatore, o per l'argomento teleologico, che fa leva sulle finalità perseguite dal legislatore nel momento in cui ha formulato la regola, o ancora per l'argomento storico, invocato per sostenere quanto è stata definita in termini di ipotesi del legislatore conservatore¹³.

Certo, un simile argomentare viene formalmente imposto all'interprete, costretto al rispetto delle massime giuspositiviste non ultimo dalle disposizioni che molti codici civili dedicano all'autointegrazione dell'ordinamento, o alla soluzione delle eventuali antinomie. Sono infatti residuali i casi in cui è consentito derogare a quelle massime, celebrate come principali punti di riferimento per l'interprete. Si pensi per esempio al Codice civile austriaco del 1811, con il suo richiamo di ultima istanza ai «principi di diritto naturale» (par. 7), o al Codice civile svizzero del 1907, che nel silenzio della legge e della consuetudine autorizza l'interprete a decidere secondo «la regola che egli adotterebbe come legislatore» (art. 1).

Sono peraltro limitati i casi in cui l'interpretazione può avere come punto di riferimento precetti non derivanti dalle fonti formali di produzione del diritto. Più diffuse sono invece le ipotesi in cui si evitano persino le timide aperture appena viste, come documentato in particolare dalle disposizioni del Codice civile italiano in materia di lacune e antinomie dell'ordinamento. Quanto alle lacune, si dice che, in assenza di regole applicabili a una controversia direttamente o per analogia, si può ricorrere ai principi generali, i quali devono però essere ricavati dall'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 disp. prel.). La stessa deferenza nei confronti delle massime giuspositiviste emerge poi dalle disposizioni destinate a risolvere le antinomie, tutte incentrate sulle modalità con cui coordinare le parole del legislatore che dovessero apparire contrastanti, come ad esempio la disposizione relativa alla gerarchia delle fonti (art. 1 disp. prel.), o alla successione delle leggi nel tempo (art. 15 disp. prel.).

¹³ Per tutti G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1980, p. 364 ss.

Peraltro, se anche il punto di vista interno sul diritto viene imposto dal legislatore, l'ossequio alle massime giuspositiviste costituisce un dato ineliminabile per la rappresentazione, o meglio autorappresentazione, del giurista: per l'immagine che egli produce e riproduce delle funzioni sociali che è chiamato a svolgere. Eppure quell'ossequio appare sempre più un atteggiamento esibito soprattutto per celare strategie o convinzioni di segno opposto, per salvare la facciata di un edificio corrispondente a un identikit del cultore del diritto che in qualche modo si vuole sia, e resti, diffuso nel corpo sociale.

Insomma, il giuspositivismo può essere considerato una strategia del ceto dei giuristi in quanto attiene alla legittimazione del suo potere, incentrata su vicende differenti da quelle tipiche del potere politico. Anzi, il giurista ha bisogno di presentarsi come risolutore di conflitti distante dall'arena delle passioni politiche, capace di assumere decisioni la cui bontà discende dal loro essere il frutto di valutazioni tecniche: è questo, in fin dei conti, il tratto caratteristico del diritto occidentale, di cui è l'anima ispiratrice e il custode (II.3.1). Per questo il giurista ama accreditarsi, oltre che come detentore di un potere razionale, fondato sulla conoscenza e riproduzione di un ordine completo e coerente, anche come tutore di una tradizione, ovvero di una continuità delle soluzioni di volta in volta individuate.

È soprattutto il diritto privato a offrire riscontri di quanto abbiamo detto, motivo per cui è stato soprattutto in questo ambito che la comparazione, con la sua carica sovversiva delle certezze ereditate dalla tradizione, si è inizialmente diffusa e sviluppata. Lo ricaviamo tuttora e in modo esemplare dalla ricerca quasi spasmodica, tipica della riflessione privatistica, di un nesso tra le costruzioni di volta in volta proposte e il diritto romano, o meglio quanto si reputa essere stato il diritto romano. I riferimenti a quest'ultimo sono chiamati a conferire all'operato del giurista, oltre al crisma della legalità, anche quello della sacralità riconosciuta alle scelte ricavate da principi radicati nel tempo¹⁴. Si spiega così, da ultimo, il tentativo di proporre un diritto privato europeo di matrice sapienziale, su base romanistica, frutto di quanto può essere definita una vera e propria Neopandettistica (II.1.1).

Il tutto mentre la riduzione del diritto alla legge costituisce oggetto di critiche serrate da parte di chi la ritiene una «mitizzazione» volta a rendere assoluti principi che sono invece relativi e discutibili:

¹⁴ A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 10 ss.

idea solo apparentemente persuasiva e solo in quanto assistita da «duecento anni di abilissima propaganda»¹⁵. E mentre si sono da tempo chiariti, e purtroppo sovente riscontrati, i tragici risvolti di una fede nel punto di vista interno sul diritto, che hanno tempo addietro portato a una conclusione di drammatica attualità: «se si studiasse attentamente ciò che è successo nel mondo da quando gli uomini serbano il ricordo degli avvenimenti, si scoprirebbe senza fatica che, in tutti i Paesi civili, a fianco a un despota che comanda, si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti del primo»¹⁶.

Non si vuole qui militare a favore di una diversa comprensione del fenomeno diritto, magari per legittimare centri di produzione di regole diversi da quelli cui rinvia il progetto giuspositivista. Semplicemente si intende evidenziare il carattere militante del progetto e mettere a nudo la carica ideologica della professione di fede giuspositivista diffusa presso i cultori del diritto interno. Così come si vuole esortare a riconoscere la valenza squisitamente prescrittiva di quel progetto, da contrastare con un approccio allo studio del diritto capace, se non di essere descrittivo, il che sarebbe illusorio, almeno consapevole della propria valenza normativa, e sincero nel riconoscerla e denunciarla.

Questa esortazione è diffusa in particolare presso i cultori della sociologia e della storia del diritto, quest'ultima tradizionalmente affiancata alla comparazione giuridica¹⁷, tanto che anche i suoi cultori amano ribadirla non ultimo per accreditare la loro scienza come caratterizzata da una valenza sovversiva (I.1.1). Premessa tanto più opportuna, quanto più l'oggetto di studio si allontana culturalmente e geograficamente dal perimetro del diritto occidentale: lì occorre considerare diritto anche e soprattutto le fonti non ritenute tali dal punto di vista dell'osservatore incapace di abbandonare l'approccio prescrittivo allineato ai fondamenti dell'ordinamento di provenienza. Ciò peraltro non toglie che si debba schivare anche il punto di vista interno dei cultori del diritto analizzato¹⁸, ovvero che occorra evitare

¹⁵ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Milano, 2007, p. 4.

¹⁶ A. de Tocqueville, *L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789* (1836), in *Scritti politici*, vol. 1, Torino, 1969, p. 218.

¹⁷ Da ultimo M. Brutti e A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione: Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt M., 2018.

¹⁸ Cfr. P.G. Monateri, *Methods in Comparative Law*, in Id. (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham e Northampton Ma., 2012, p. 9.

di ritenere vincolanti le rappresentazioni o autorappresentazioni tipiche dell'approccio prescrittivo eventualmente coltivato da questi ultimi.

3. Dal diritto positivo alle norme: giuridiche e sociali

Il punto di vista sul diritto che il comparatista deve assumere è dunque quello esterno, aperto alla considerazione delle fonti di produzione eventualmente non ritenute tali da chi coltiva un punto di vista interno.

Nei Paesi a diritto codificato ciò impone di valorizzare innanzi tutto le fonti che la teoria della separazione dei poteri non consente di ritenere tali: la giurisprudenza e la dottrina, considerate dal giuspositivismo alla stregua di mere riproduttrici delle parole del legislatore. Giudici e studiosi, nel momento in cui interpretano la legge, scardinano invece l'equazione che la identifica con il diritto, giacché svolgono un'attività che non è, e neppure può essere, meramente conoscitiva. Essi muovono infatti dalla lettera del testo, per poi produrre norme che sono il frutto di addizioni, peraltro prive di confini netti rispetto a un sedicente senso autentico del testo, magari esistente ma pur sempre imperscrutabile.

Altrimenti detto, l'interpretazione di un testo costituisce un'attività le cui caratteristiche differiscono profondamente da quelle solitamente attribuite all'interpretazione di un fatto naturale. La prima, diversamente dalla seconda, include necessariamente un momento valutativo, che il giuspositivismo non disconosce, ma confina nella sfera di attività del legislatore, a monte dell'interpretazione. Ciò è peraltro una mera finzione, giacché valutazione e comprensione di un testo non sono fasi distinguibili, essendo entrambe costitutive del suo significato. In questo senso il «comprendere» delle scienze sociali non è riducibile allo «spiegare» delle scienze naturali. Lo spiegare si rivolge agli aspetti oggettivi del conoscere, quelli privi di dimensione temporale, relativi all'individuazione di una catena data di cause ed effetti. Comprendere significa invece conoscere in senso soggettivo, quindi in senso storico, riconoscendo il legame indissolubile tra l'oggetto osservato e le sue coordinate spazio temporali¹⁹. E il diritto non può essere spiegato, bensì solo compreso, nell'ambito di

¹⁹F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma e Bari, 1999, p. 112.

procedimenti conoscitivi condannati a essere parziali.

Tutto ciò viene chiarito e documentato dall'ermeneutica, che studia le modalità attraverso cui attribuire senso ai testi, mettendo nel merito in luce il ruolo del contesto e l'apporto dell'interprete.

Tra i cultori dell'ermeneutica è per molto tempo prevalsa la convinzione di poter mostrare le molteplici combinazioni tra elementi direttamente riconducibili alla lettera del testo, ed elementi che gli sono invece estranei: in particolare quelli collegati alle inclinazioni più o meno consapevoli dell'interprete, o eventualmente al sentire comune veicolato dall'interprete. Questa convinzione si regge però sull'ulteriore credenza per cui è dato isolare il significato ricavabile dalla lettera del testo dalle addizioni che concorrono a determinarne il significato. E i cultori dell'ermeneutica riconoscono ora che, ritenendo possibile una simile operazione, essa produrrebbe una conoscenza solo apparentemente alternativa a quella cui mirano i credenti nel senso supremo dei testi. Sarebbe infatti una conoscenza ridotta all'individuazione, se non dell'unico significato, dei molti significati oggettivamente riconducibili a un testo, tanti quanti sono i contesti in cui esso si manifesta. Così concepita, l'ermeneutica si ridurrebbe insomma a una «teoria della molteplicità degli schemi concettuali»²⁰.

L'ermeneutica deve al contrario essere intesa come pratica intellettuale che non si limita a mettere in evidenza la «storicità degli orizzonti di verità», bensì una pratica intellettuale costitutiva della verità stessa: che produce «una verità radicalmente storica»²¹. Di qui la nota affermazione per cui non ci sono fatti ma solo interpretazioni²², alla base della conclusione per cui il procedimento intellettuale di comprensione del testo normativo è esso stesso produttivo del suo significato, ovvero della norma.

È appena il caso di avvertire che, invocando la storicità come dimensione filtrata dall'approccio ermeneutico, si vuole promuovere un uso della storia decisamente diverso da quello cui prelude la comparazione storico giuridica praticata dai cultori della Neopandettistica (II.1.1). Questi ultimi mirano infatti a individuare le costanti nel succedersi delle costruzioni concettuali, operazione per la

²⁰ P.G. Monateri, *Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida e G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma e Bari, 1998, p. 200.

²¹ G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma e Bari, 1994, pp. 5 e 9.

²² F. Nietzsche, *La volontà di potenza. Frammenti postumi ordinati da P. Gast e E. Förster* (1901), Milano, 2009, p. 245.

quale il trascorrere del tempo viene visto come mera questione cronologica, i cui termini sono oltretutto stabiliti con il senno di poi. Di altro tipo sono i riferimenti alla storia in ambito ermeneutico, nel quale la dimensione temporale propone un avvicinarsi di oggetti radicalmente diversi, mostrandosi anzi come costitutiva della loro diversità.

Ma torniamo al punto di vista esterno sul diritto, finora invocato per estendere la nozione di fonte del diritto ai diversi operatori in qualche modo chiamati a misurarsi con le parole del legislatore: per valorizzare le fonti sostanziali del diritto, oltre a quelle formali. Va detto che l'assunzione di un punto di vista esterno produce ben altre conseguenze: porta a prendere in considerazione tutte le regole che si rivelano capaci di indirizzare il comportamento individuale e le relazioni interindividuali.

Non vanno cioè considerate le sole norme giuridiche, tali in quanto riconducibili al legislatore, seppure per il tramite dell'interpretazione, ovvero di un'attività non identificabile con la mera riproduzione di significati predeterminati. Occorre considerare anche le norme di comportamento non riferibili al legislatore, come ad esempio quelle maturate nell'ambito di un gruppo professionale, o all'interno di una comunità in cui si condividono orientamenti politici o religiosi, o più semplicemente entro una cerchia di amici.

Sono, queste, norme sociali, rilevanti in quanto possiedono una valenza coercitiva, essendo accompagnate dalla previsione di sanzioni per il caso della loro violazione: presiedono cioè, tanto quanto le norme giuridiche, alla distribuzione imperativa di valori e beni funzionali a soddisfare interessi e bisogni. Certo, le sanzioni sociali non sono comminate a esito di un processo celebrato per dirimere una controversia²³: le norme sociali sono vissute senza contenzioso, almeno quelle che sfuggono all'inquadramento entro il sistema delle fonti giuridiche realizzato attraverso rinvii, come si verifica con gli usi riconosciuti dal Codice civile italiano in quanto richiamati da leggi o regolamenti (art. 8 disp. prel.). E tuttavia le sanzioni sociali non sono meno incisive, e dunque meno capaci di orientare comportamenti, delle sanzioni ricondotte al mancato rispetto delle regole giuridiche. Si pensi all'esclusione dalla comunità nella quale sono riconosciute le norme sociali, sanzione tipicamente comminata a chi viola quelle norme: l'esclusione determina l'isolamento dell'individuo,

²³ Ad es. J. Caronier, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (1992), Milano, 1997, p. 26.

la cancellazione delle sue relazioni con i membri della comunità, tanto più efficace quanto più si tratta di una comunità non sostituibile con altre.

Per comprendere la portata delle norme e delle sanzioni sociali, ovvero per evidenziarne la rilevanza in quanto strumenti di controllo e indirizzo dei comportamenti individuali e delle relazioni interindividuali, possiamo ricorrere alle elaborazioni della sociologia: la scienza che studia i condizionamenti delle comunità sull'individuo.

In questo ambito si è definito il concetto di *homo sociologicus* in contrapposizione con il tradizionale tipo umano di riferimento dell'economia: l'*homo oeconomicus*. Quest'ultimo è l'individuo perfettamente razionale e capace di autodeterminarsi, che sa cioè ponderare i costi e i benefici delle sue azioni, alla sola condizione di possedere un adeguato livello di informazioni relative alle opzioni che gli si presentano (III.1.4). L'*homo sociologicus* è al contrario l'individuo la cui condotta subisce continui condizionamenti esterni legati al ruolo di volta in volta ricoperto, quindi in relazione al modello comportamentale atteso in quanto appartenente a una classe sociale, a una fascia di età, alla posizione nella comunità familiare, e così via:

Il ruolo sociale è un complesso di costrizioni esercitate sul singolo, non importa se sentite come un freno ai suoi desideri o come un punto di appoggio che gli dà sicurezza. Questo carattere delle aspettative di ruolo si fonda sul fatto che la società ha a disposizione delle sanzioni per mezzo delle quali può far rispettare le sue prescrizioni. Chi non recita il suo ruolo è punito, chi lo recita è lodato o per lo meno non punito. Il conformarsi a ruoli precostituiti non è solo il fondamento di ogni società moderna, ma la caratteristica universale di ogni società²⁴.

Certo, l'*homo sociologicus* può decidere di comportarsi secondo schemi alternativi a quelli richiesti in relazione al suo ruolo, magari ricavati da un autonomo calcolo circa i costi e benefici di una sua condotta originale. Ma il mancato rispetto delle aspettative di comportamento viene qualificato in termini di devianza, colpita da un sistema di sanzioni sociali: «se il singolo fa resistenza alle sollecitazioni della società, può conservare una indipendenza astratta ed inutile, ma è destinato alla condanna e alle sanzioni della società»²⁵.

Insomma, il diritto di cui si occupa il comparatista non solo è

²⁴ R. Dahrendorf, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale* (1958), 3^a ed., Roma, 1989, p. 55.

²⁵ *Ivi*, p. 45.

quello prodotto da tutti gli operatori che in qualche modo si misurano con le parole del legislatore, e dunque producono le norme giuridiche. È anche l'insieme delle norme sociali, norme non giuridiche da un punto di vista interno sul diritto, ma comunque da includere nell'elencazione dei precetti condizionanti il comportamento dell'individuo e la sua collocazione nelle molteplici comunità di cui è parte: precetti che, da un punto di vista esterno sul diritto, sono pienamente giuridici.

Probabilmente le norme sociali non giuridiche dal punto di vista interno avranno una rilevanza tanto più contenuta, quanto più la ricerca comparatistica si muoverà entro i confini del diritto occidentale. Se invece se ne allontanerà, le norme sociali non giuridiche assumeranno un ruolo crescente, per il cui apprezzamento è proficuo ricorrere agli insegnamenti della sociologia, come abbiamo detto, o a quelli dell'antropologia, come vedremo tra breve (I.2.2).

4. Il successo del giurista

Il giuspositivismo, qui criticato in quanto ostacolo al riconoscimento di cosa sia il diritto di cui il comparatista deve occuparsi, e a monte di quali siano le sue fonti, rappresenta a ben vedere un punto di riferimento imprescindibile per le strategie di legittimazione del giurista occidentale. Come abbiamo detto e diremo meglio più avanti (II.1.4), quest'ultimo è privo di investitura politica e pertanto non può che occultare il suo ruolo di fonte di produzione delle regole sotto la cortina fumogena della legittimazione di tipo tecnico, o se si preferisce tecnocratico. Grazie a quest'ultima un operatore del diritto, «che di per sé è un privato cittadino», si erige ciò nonostante «a legislatore dei suoi simili» investito del potere di dettare loro «la regola o le regole di condotta che debbono uniformare la loro convivenza sociale»²⁶.

Certo, la legittimazione di tipo tecnico non è sufficiente a spiegare il «successo del giurista», che richiede la concorrenza di altri due fattori: il prestigio dato dalla sintonia con «i modelli di pensiero più in voga nell'ambiente in cui deve operare», e la capacità di risolvere effettivamente i problemi che gli vengono sottoposti. È dal concorso di questi due fattori, in combinazione con la strategia di legittimazione di tipo tecnocratico, che deriva il convincimento circa la «inso-

²⁶ A. Gambaro, *Il successo del giurista*, in *Foro italiano*, 1983, V, c. 86.

stituibilità dell'opera del giurista e della cultura giuridica». Un convincimento non significativamente intaccato dalle critiche che pure colpiscono ricorrentemente e in modo più o meno incisivo la figura del giurista, tuttavia non abbastanza da condurre al suo declino:

la morale provvisoria di questa analisi è quindi che in Europa occidentale è talmente radicato il modo di ragionare tecnico giuridico che senza l'opera degli specialisti del giure non solo è impossibile giudicare, assistere, consigliare, ma non si può nemmeno legiferare, almeno se si intende procedere in modo organico e duraturo²⁷.

Queste conclusioni sono state formulate in tempi relativamente recenti, e tuttavia non sembrano più essere attuali. Non perché si assista al rifiuto della dimensione tecnocratica e per tale via all'emarginazione del giurista in quanto ingegnere sociale decontestualizzato²⁸, capace di combinare le due varianti del positivismo: accentuando ora la capacità di ridurre il diritto alla legge, ora l'abilità di riportare quest'ultima a una trama concettuale attraverso cui attribuirle senso compiuto. Il giurista è ancora al centro della scena, ma ha smesso di recitare un copione scritto da lui, come accadeva all'epoca in cui i testi normativi impiegavano un linguaggio composto da concetti il cui significato era in larga parte controllato dai cultori del diritto.

Le cose sono però cambiate per effetto delle trasformazioni subite dall'ordine economico, e più precisamente per l'avanzata dell'economia finanziarizzata e il contestuale arretramento dell'economia reale. Questa evoluzione ha infatti determinato il diffondersi di un linguaggio governato da espressioni il cui significato è interamente sottratto al controllo del giurista: si parla ancora di contratto, di proprietà o di persone giuridiche, tuttavia entro costruzioni linguistiche in massima parte mutuate dalla scienza economica. Si modifica così radicalmente il ruolo del giurista in quanto cultore del positivismo legislativo o scientifico: diviene ora bocca delle leggi economiche, nella prima ipotesi, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nella seconda ipotesi. In ogni caso non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statale, oramai acquisito, che

²⁷ *Ivi*, c. 89 ss.

²⁸ M. Brutti, *La solitudine del presente*, in I. Birocchi e M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 295 ss.

pure avrebbe potuto condurre a rifondare a suo favore l'autonomia del giuridico²⁹.

In effetti l'autonomia del giuridico risulta cancellata o quantomeno ridimensionata in modo determinante, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera parafrasi o riproduzione del discorso economico, il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli.

Il tema evidentemente non è nuovo. Da tempo si discute del rapporto tra diritto ed economia e in particolare dell'idea secondo cui il primo costituisce una mera forma e la seconda il reale contenuto delle relazioni di mercato e persino sociali in genere³⁰. Nuova è però la realtà economica che produce l'emarginazione del giurista in quanto tecnocrate, alla base della sua incapacità di reagire in termini analoghi a quanto aveva fatto negli anni in cui l'affermazione della società industriale aveva evidenziato tutti i limiti del suo sapere: quando aveva rintracciato fuori dai confini del diritto romano i fondamenti per disciplinare fenomeni non costringibili entro schemi individualistici.

Allora i nuovi strumenti furono elaborati a partire da un sapere prodotto e riprodotto in autonomia dai giuristi, capaci di adattare le loro costruzioni alla dimensione sociale indispensabile allo sviluppo dell'ordine economico³¹. Ora gli stessi giuristi si sono invece ridotti al ruolo di custodi delle sole norme sulle norme, relative all'interpretazione o alla validità delle regole, rivelandosi però privi di influenza sulla sostanza delle relazioni di cui le norme si occupano. Senza al-

²⁹ Già P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2000, p. 551 ss.

³⁰ Ad es. K. Renner, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale* (1929), Bologna, 1981, part. p. 46 ss.

³¹ Cfr. A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, p. 39 ss.

cuna possibilità di svolgere, pur in un contesto nel quale «la scienza del diritto ha un valore puramente pragmatico e strumentale», una «attività perfettamente autonoma» né tanto meno di rivendicare una «specie di fiera indipendenza»³².

Se così stanno le cose, la funzione sovversiva del diritto comparato non dovrebbe interessare i soli cultori della materia impegnati a individuarne lo statuto epistemologico, o almeno a differenziarlo da quello identificativo di altri campi del sapere giuridico. La reazione al giuspositivismo, in quanto sinonimo di reazione all'approccio tecnocratico, diviene infatti una necessità per i cultori del diritto in quanto tali. Un tempo questi potevano trarre giovamento da strategie di legittimazione che erano riconducibili a paradigmi disciplinari superati, ma che se non altro alimentavano il successo del giurista. Ora quelle strategie non sono idonee a produrre benefici, motivo per cui occorre criticarle almeno per stigmatizzare il loro spiccato anacronismo.

Il successo del giurista è così minato nelle sue fondamenta: non è sintonizzato con i modelli di pensiero diffusi nel contesto in cui esso opera e inoltre, dovendo maneggiare regole oramai intellegibili solo ricorrendo a campi del sapere diversi dal suo, è sempre meno capace di risolvere i problemi che gli vengono sottoposti. È allora giunto il momento di sviluppare nuovi paradigmi capaci di esaltare la dimensione valoriale e comunque non tecnocratica del fenomeno diritto, e di rifondare su di essi la legittimazione del giurista in quanto cultore di un sapere critico.

Sintesi

1. I cultori del diritto comparato attribuiscono alla loro materia una funzione sovversiva dell'ortodossia teorica ereditata dalla tradizione, in particolare quella cui rinvia il giuspositivismo. A quest'ultimo occorre indubbiamente riconoscere il merito storico di aver rivendicato il carattere terreno della produzione di regole. È peraltro fuorviante l'idea secondo cui il diritto è posto da un legislatore, ovvero che coincide con la legge, esattamente come quella per cui esso viene prodotto dalla scienza giuridica e dunque coincide con i precetti dottrinari. Ciò nonostante questa idea è tuttora resistente, sebbene celata dietro il principio della unicità della regola di diritto, che per un verso ammette la pluralità delle interpretazioni delle pa-

³²G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1937, p. 5 s.

role del legislatore, ma per un altro la nega nel nome di una sola verità giuridica.

2. Il giuspositivismo conduce a percepire l'applicazione delle regole come parte integrante del momento precettivo e in quanto tale come pratica avalutativa. Ciò porta a un punto di vista interno sul diritto, che a ben vedere costituisce il fulcro delle strategie di legittimazione del giurista occidentale: legittimazione tecnica, per cui bisogna occultare la valenza politica del momento applicativo in quanto incompatibile con il riconoscimento delle sole fonti formali di produzione delle regole.

3. Lo studioso interessato a descrivere il fenomeno diritto, piuttosto che a prendere parte al momento prescrittivo, deve assumere un punto di vista esterno sul diritto. Questo conduce a valorizzare le fonti sostanziali di produzione del diritto, che occorre individuare secondo i dettami dell'ermeneutica: sono tali tutti coloro i quali si dedicano alla sua interpretazione, dal momento che questa costituisce un atto insieme conoscitivo e creativo, e in tal senso una pratica intellettuale costitutiva del significato dei testi. Il punto di vista esterno sul diritto conduce poi a considerare diritto tutti i precetti idonei a indirizzare i comportamenti individuali e le relazioni interindividuali: porta a valorizzare le norme sociali al pari delle norme giuridiche nella misura in cui condizionano la distribuzione imperativa di valori e beni funzionali a soddisfare interessi e bisogni.

4. Il giuspositivismo in quanto strategia di legittimazione tecnica del giurista sta producendo la sua emarginazione. La tecnica ora in uso è quella elaborata dall'economia, sicché il giurista è ridotto a bocca delle leggi economiche o eventualmente a tessitore di una trama concettuale ricavata dalla scienza economica. Di qui l'utilità di uno studio critico del diritto non solo come pratica del cultore del diritto comparato, bensì come strategia di riscatto del cultore del diritto *tout court*.