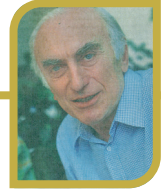




### Conclusioni

*Nicolò Lipari*



Io credo che dobbiamo essere grati a Carmelita Camardi per questa iniziativa perché pone il dito su una delle più vistose piaghe del nostro sistema universitario: l'insegnamento istituzionale del diritto privato. Un insegnamento che sembra perpetuarsi secondo schemi didattici consolidati dalla tradizione, ma che appaiono incapaci di recepire le novità di un'esperienza che ormai quei paradigmi ha abbandonato da tempo.

Quando Paolo Grossi coniò la formula dell'"invenzione" del diritto (ma nella affettuosa dedica con la quale accompagnò l'omaggio del libro mi riconobbe di averla anticipata quando, molti anni prima, avevo parlato di una "ricerca per l'insegnamento"), pone lucidamente l'accento su quello che, nell'arco degli ultimi settant'anni, è stato il passaggio del diritto da scienza teoretica a scienza pratica. Il diritto non è dato, ma va cercato; non è cioè riconducibile – come a noi è stato insegnato, appunto secondo i postulati di una scienza teoretica – ad un oggetto definito consegnato ad un complesso di norme ordinate in sistema, ma va invece faticosamente ricostruito nell'articolato modularsi di una prassi, nella quale i testi si intersecano ai contesti e l'oggetto si viene definendo, anche grazie alla mediazione dell'operatore, in una dialettica tra assetti istituzionali e indici valoriali, norme legali e modelli sociali. In questo senso il diritto va cercato: perché spetta all'interprete, tenendo conto della peculiarità del caso, individuare il punto di equilibrio tra tutti questi fattori, in termini storicamente sempre variabili.

Questa rivoluzione è rimasta sostanzialmente estranea alla struttura dei nostri manuali istituzionali, sia quelli di più vecchia composizione (che si sono aggiornati attraverso periodiche inserzioni in una struttura inidonea a recepirle) sia quelli di nuovo conio (siano a firma individuale o collettiva). Ne è risultato un assetto didattico che non ho timore a definire schizofrenico. È come se noi pretendessimo di insegnare la fisica quantistica sulla base di un manuale pensato e strutturato secondo la fisica newtoniana. Credo di non sbagliare se dico che oggi, nella stagione dei sondaggi, se si facesse un sondaggio tra tutte le matricole dei corsi istituzionali di diritto privato, non si troverebbe uno studente, uno soltanto, anche fra i più provveduti, disposto a dichiarare che egli si è sentito parte di una ricerca, non semplice destinatario di nozioni da altri acquisite e consolidate in istituti ossificati dal tempo.

Non credo di sbagliare se dico che la Camardi, quando ha programmato l'iniziativa, pensava ad una prospettiva che guardasse in avanti, che si ripromettesse cioè – pur con tutte le problematicità che l'odierna stagione di passaggio impone – di registrare propo-

ste, iniziative programmatiche, linee evolutive di un cambiamento. Bisogna onestamente riconoscere che non è stato così. Salvo un paio di eccezioni, la maggior parte di coloro che sono intervenuti ci hanno raccontato la loro esperienza di redattori o aggiornatori di manuali, ma hanno, in buona sostanza, eluso l'interrogativo. Sono ancora quei manuali adeguati al tempo presente, sono essi in grado di misurarsi con quello che coraggiosamente Giuseppe Zaccaria chiama "postdiritto" e per il quale ipotizza che si impongano (come si specifica nel sottotitolo del suo ultimo libro) "nuove fonti e nuove categorie"?

Aggiungo che l'interrogativo è tanto più importante e decisivo in quanto la dimensione giuridica connota e influenza la cultura generale dell'intero Paese e noi siamo ancora immersi – per una pluralità di ragioni che sarebbe qui troppo lungo elencare – in un contesto intriso di deteriore (e certamente antistorico) positivismo, come dimostrano le trasmissioni televisive di Bruno Vespa, o quelle radiofoniche di Emanuele Falchetti, spesso sostenute dagli interventi di alcuni c.d. politici o pseudo-giuristi che sono ancora chiusi nell'ottusa prospettiva della regola dettata. Chi oggi dunque si avvia lungo la difficile strada di un'esperienza professionale del diritto si trova a dover fare i conti non solo con le sedimentazioni che gli provengono da una formazione universitaria ormai superata, ma anche con un contesto culturale che guarda con sospetto e diffidenza all'esercizio della sua funzione, sottilmente auspicando (pur non dichiarandolo) l'esercizio di una giustizia predittiva affidata alla irreversibile certezza di un computer. Mi è accaduto di frequente, negli ultimi anni, di essere invitato a colloquiare con giovani magistrati. E tutti mi hanno dichiarato che, nel primo impatto con la loro professione, si sono dovuti liberare della camicia di forza che era stata loro offerta dalla formazione universitaria.

Non posso qui ovviamente entrare nell'esame dei manuali correnti. Io stesso, negli anni Cinquanta, mi sono formato sul Trabucchi e da quel manuale ho preso moltissimo, pur in una stagione radicalmente diversa da quella odierna in cui la sostanziale convergenza sui principali punti di riferimento assiologici rendeva più tranquillo l'operatore giuridico: il risultato appariva omogeneo e condivisibile sia che il criterio interpretativo fosse stato di segno positivistico, naturalistico o realistico. Allora mi fu suggerito di anteporre allo studio del Trabucchi la lettura della prefazione al manuale di Barbero significativamente intitolata "diritto e giustizia". E ciò se non altro per non dimenticare il profilo della giustizia cui il diritto è funzionalmente ordinato, un termine che non sarebbe poi mai più ritornato nella stessa terminologia dei miei corsi universitari, se non avessi avuto la ventura di seguire a Padova le lezioni di Opocher. Questa lacuna poteva passare un tempo come inavvertita proprio perché operava quel panorama omogeneo sul piano dei valori di cui ho detto. Oggi non lo è più. Di guisa un manuale di diritto che non faccia mai riferimento al principio di giustizia si muove, in termini di principio, su di un terreno sbagliato. Avevo pensato di colmare la lacuna con il mio libretto su "Elogio della giustizia" che, proprio per il suo stile piano e discorsivo, pensavo potesse essere suggerito quale lettura preliminare agli studenti di primo anno, ma i titolari di corsi istituzionali non hanno seguito il suggerimento. Noi continuiamo ad insegnare un diritto che non esiste più e continuiamo a farlo nella sottintesa convinzione che l'uso dei suoi strumenti tecnici non abbia nulla a che fare con il perseguimento di un risultato di giustizia.

Vorrei fare qualche esempio tratto dai manuali istituzionali correnti. Le fonti del diritto. Siamo tutti convinti che oggi le fonti del diritto sono plurime e che fra di esse si pone un complesso problema di composizione; tuttavia nei manuali le fonti vengono ancora ricondotte al dettato dell'art. 1 delle preleggi e si assume che quelle di nuovo conio (la costituzione o le fonti europee) debbano essere collocate, all'esito di un procedimento interpretativo, all'interno di quella struttura, sia pure al primo posto nella logica di una gerarchia. Operazione sicuramente sbagliata, da un lato perché le fonti non vanno fra di loro coordinate necessariamente in chiave gerarchica, ma semmai secondo un criterio di equilibramento e di bilanciamento volta a volta diverso (basti pensare alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controlimiti), dall'altro perché una gerarchia è possibile solo fra dati omogenei e, come è stato autorevolmente rilevato, non vi è omogeneità tra legge ordinaria e costituzione perché l'una muove *ex parte auctoritatis*, l'altra *ex parte societatis*. Non a caso nelle norme della prima parte della Costituzione quasi sempre si legge "la Repubblica riconosce", proprio perché la tutela discende non da un'attribuzione ma da un riconoscimento, e non a caso correttamente si riconosce che i diritti fondamentali non sono diritti soggettivi in senso tecnico, in quanto non discendono da chi esercita il potere ma si impongono allo stesso legislatore. La teoria delle fonti, così come è fornita dai nostri manuali istituzionali, è dunque intrinsecamente sbagliata.

Altrettanto significative sono le pagine dedicate all'interpretazione giuridica. Tuttora si fa perno sull'art. 12 delle preleggi, non a caso ancora frequentissimamente richiamato nei repertori di giurisprudenza. Nessuno ha il coraggio di dire, secondo la formula suggerita da Grossi, che esso è ormai soltanto un fossile giuridico, un reperto archeologico. Nel quadro delle fonti di cui si è detto non avrebbe alcuna giustificazione fare richiamo all'"intenzione del legislatore" o al "senso proprio delle parole". Basterebbe considerare che i principi, che pure costituiscono l'ossatura portante del nostro assetto costituzionale, spesso non si riconducono nemmeno a una puntuale enunciazione.

Un'ulteriore osservazione introduce un significativo rilievo, pur esso del tutto estraneo all'impianto didattico dei nostri manuali. Tutti conveniamo nel riconoscere che il procedimento applicativo del diritto è passato da una interpretazione per fattispecie ad una interpretazione per principi, ma non mi risulta che i manuali segnalino questa distinzione e ne indichino le diversità applicative. I principi non sono norme ma semmai – come suggerisce Scoditti – generano norme all'insorgenza del fatto. Da qui, la necessità di acquisire strumenti per l'analisi dei contesti, un'analisi che si offre drammaticamente ai giovani magistrati, ma che nessuno ha loro insegnato ad esercitare. Quella che Viola chiama la "legalità del caso" appare un oggetto misterioso per gli studenti di giurisprudenza, ma, a ben vedere, anche per i loro professori.

Un ultimo esempio, ma forse di tutti il più significativo. È ormai convinzione diffusa, sulla spinta di una insistita giurisprudenza della Corte costituzionale, che il principio di ragionevolezza costituisca oggi il principio fondamentale nel processo applicativo del diritto. Come hanno molto bene chiarito le raffinate analisi di Modugno, il riferimento alla ragionevolezza sposta il fuoco dell'analisi giuridica dal momento degli atti di posizione al momento degli atti di riconoscimento e invita a riflettere non sulle intenzioni di chi ha dettato la regola, ma sul modo come questa viene intesa e condivisa dalla co-

munità di riferimento. Ebbene: il principio di ragionevolezza, che pure dovrebbe costituire il perno di qualsiasi procedimento attuativo, continua a rimanere uno sconosciuto ai nostri manuali: o non lo si considera affatto (come accade, per esempio, al Torrente) o (come nell'ultima edizione del Trabucchi) lo si qualifica quale clausola generale, con ciò commettendo un vistoso errore perché la ragionevolezza giudica della stessa legittimità della legge, mentre la clausola generale si giustifica come uno spazio offerto agli interpreti dalla determinazione del legislatore. Alla ragionevolezza io ho dedicato molte pagine nel mio libretto sulla giustizia. Consentite che mi permetta qui una notazione aggiuntiva ad uso dei costituzionalisti presenti. Noi dobbiamo cominciare a liberarci (specie in una stagione in cui il diritto di voto è esercitato da un numero sempre più decrescente di persone) dalla convinzione che la democrazia si risolve nell'attuazione del principio di maggioranza, oggi sistematicamente richiamato nei dibattiti televisivi come idoneo a risolvere qualsiasi discussione di merito. Ritornano, a mio giudizio, ammonitrici le parole (richiamate da Galgano nel suo prezioso volume sul principio di maggioranza) pronunciate da Federico II di Svevia, il quale, riconoscendo a se medesimo il potere di dettare qualunque legge, aggiungeva tuttavia che questo potere si è arrestava di fronte al "principio di ragione, che è la madre di tutte le leggi". Siamo sicuri di offrire una simile consapevolezza ai nostri studenti o non concorriamo piuttosto anche noi a formare una classe di giuristi destinata a divenire serva sciocca del potere, quale che sia il colore che lo caratterizza? Appare alquanto paradossale che ciò che appariva ovvio ad un sovrano assoluto del passato trovi tante difficoltà a penetrare nei modelli culturali delle moderne democrazie.

Non entro qui nel discorso sulle categorie, alle quali ho dedicato in altro luogo più approfondite riflessioni. Mi limito ad osservare (ed anche a questo proposito un sondaggio sarebbe illuminante) che gli studenti escono dall'Università convinti che le categorie ordinanti sono date e vadano come tali acquisite, essendo ben lungi dalla loro formazione che esse costituiscono l'esito di un processo ricostruttivo che spetta all'interprete di organizzare e condurre a fine in termini storicamente sempre variabili all'esito di una seria dialettica tra testi e contesti.

Da tutto questo discende che noi continuiamo a formare giuristi per un diritto che non c'è più, concorrendo a radicare un modello culturale corrente che fa del diritto non la bussola orientativa di una intera collettività per il conseguimento di un risultato di giustizia, ma semplicemente uno strumento in mano all'autorità costituita per l'attuazione dei suoi fini di potere. Il principio di legalità – al cui radicamento non è certo estranea la formazione che proviene dalle nostre Facoltà giuridiche – viene ancora inteso dalla cultura corrente come radicato in una serie di precetti posti, che era convinzione accettabile quando appunto vi era non contestata simmetria tra valori condivisi e regole dettate. Oggi non è più così e non a caso la maggiore nostra opera giuridica, l'"Enciclopedia del diritto", ha avvertito la necessità di sovrapporre alla voce "Legalità" degli anni 70 (affidata a Sergio Fois), una nuova voce affidata negli anni 2000 a Massimo Vogliotti, che definisce la legalità come "*eupraxia*", cioè prassi indirizzata ad un risultato di giustizia.

Ecco, a me pare che i manuali istituzionali dovrebbero farsi carico proprio di questi profili di principio, evitando di appesantirsi, edizione dopo edizione, delle soprav-

venienze discendenti da una legislazione a pioggia, che, oltretutto – come oggi abbiamo sentito da una serie ripetuta di testimonianze – non potrebbero essere neppure assunte ad oggetto di domande all’esame senza esporre l’esaminatore a pericolose contestazioni. Formare e informare non sono la medesima cosa. Chi è formato è sempre in grado di informarsi perché ha gli strumenti per farlo; chi è informato spesso manca degli elementi di base per utilizzare ed applicare la congerie delle sue informazioni.

Quando, sul finire degli anni 60, io avviai a Bari un processo – che allora apparve a molti rivoluzionario – per mettere in crisi la formazione istituzionale dei privatisti, lo feci in un contesto culturale molto diverso da quello attuale, anche se non privo di alcune simmetrie. Mi sembrava allora necessario fare comprendere allo studente che le informazioni che gli venivano offerte dal manuale tradizionale dovevano essere acquisite come punto di partenza per una ricerca che spettava a lui di approfondire e portare avanti. Ancorché sembrasse folle aggiungere la lettura di un libro di ottocento pagine allo studio del manuale tradizionale non furono pochi i colleghi che lo suggerirono, tanto è vero che Laterza ne fece una tiratura di diecimila copie, che è tiratura assolutamente inabituale per un libro di diritto. Oggi la realtà è radicalmente mutata. Gli strumenti di comunicazione richiedono la bruciante perentorietà dell’algoritmo. La mediazione giuridica non viene più pensata come strumento per cambiare il mondo, ma semmai come supporto per radicare un potere conseguito per altre vie. Non si guarda più alla costituzione come un faro capace di guidare la nostra via, ma semmai sottilmente la si teme come un ostacolo da rimuovere o da condizionare. A chi fa formazione giuridica è offerta dunque una responsabilità supplementare che è nostro dovere non allontanare appagandoci della ripetitività di modelli che sono stati utili in passato, ma che oggi non lo sono più.

Abbandoniamo dunque ogni compiacenza per ciò che abbiamo fatto e per i risultati che abbiamo conseguito. Ci attende una stagione nuova e molto difficile, per la quale è indispensabile forgiare strumenti nuovi. L’iniziativa assunta con lucida intuizione da Carmelita Camardi può costituire un primo passo lungo questa strada. L’essenziale è proseguire nella via indicata, portando il peso delle nostre consolidate certezze, ma aprendoci ad una realtà del tutto diversa che le nuove generazioni ci chiedono di concorrere non a subire ma a costruire.

