

Stephan Meder

‘Ius non scriptum’

Tradizioni della produzione privata del diritto

Presentazione di Francesco M. De Sanctis

A cura di Gaetano Carlizzi

Editoriale Scientifica
Napoli

Presentazione

Nella rappresentazione corrente della Modernità, specie in ambito continentale, Stato e diritto hanno formato a lungo un binomio indissolubile, quando non un'autentica implicazione. Si è ritenuto così che tutto il diritto fosse prodotto – in via immediata o mediata – dagli Stati quali titolari della sovranità sui rispettivi territori, e che gli Stati si realizzassero autenticamente solo nelle forme del diritto. Ogni pratica sociale che sembrava gravitare fuori dell'orbita dello Stato restava fatalmente bandita dalla realtà e dalla conoscenza giuridica, salvo che fosse ricostruibile in modo tale da poter esservi riattratta.

A prescindere dalla questione della solidità teorica di tale rappresentazione corrente, bisogna riconoscere che la complessità etico-politica del suo ambito genetico ha subito negli ultimi decenni una vera e propria metamorfosi, piuttosto che un semplice incremento. I bisogni, gli interessi, le aspettative e le aspirazioni degli uomini contemporanei si scontrano e si compongono in maniera episodica, lungo traiettorie irregolari e imprevedibili, che vanificano già in origine ogni sforzo di sistematizzarli per mezzo delle semplificanti dicotomie tradizionali (nazionale-mondiale, pubblico-privato, religioso-laico ecc.). Tale metamorfosi della complessità sociale, a sua volta, si ripercuote necessariamente sulla portata degli strumenti utilizzati per gestirla, tanto da imporre al loro studioso di fare seriamente i conti con essa.

Nel campo di tensione tra passato e presente appena illustrato, particolarmente problematica, se non addirittura drammatica, si presenta la posizione del teorico del diritto. Egli si trova dilacerato da forze opposte che coabitano in lui e rischiano di creare delle vere e proprie crisi di identità professionale. Da un lato, la rassicurante convinzione del dovere di totale

fedeltà all'apparato concettuale positivistico-statalista, diligentemente recepito sin dagli studi universitari quale autentica grammatica del discorso giuridico. Dall'altro lato, l'inquietante sospetto che, per comprendere fino in fondo la realtà quotidianamente esperita, sia necessario dotarsi di categorie che non si limitano ad ampliare il suddetto apparato, bensì mettono in forse i suoi stessi principi organizzativi, e con ciò la netta distinzione dai saperi analoghi che si riteneva di aver conseguito grazie ad esso.

L'ideale di una cultura giuridica integrata, di una cultura che utilizzi in particolare gli strumenti tipici della storia concettuale, non offre un rimedio di per sé sufficiente a risolvere tale contraddizione, eppure indica un itinerario che appare quanto meno idoneo a stemperarla. L'esame critico delle riconfigurazioni che il senso delle categorie teorico-giuridiche ha subito incessantemente nel corso della storia, per opera di quegli uomini che anche il teorico riconosce essere gli autentici artefici del diritto, offre infatti una panoramica di enorme valore. Una panoramica nella quale, insieme agli aspetti di diversità che valgono a ridimensionare le pretese di assolutezza e fissità della teoria, sembra possibile far emergere quegli aspetti di identità che convalidano la congruenza delle sue costruzioni e, ad un tempo, le indicano la direzione per il loro ulteriore adattamento alla realtà di cui essa vuole esser conoscenza.

È anche e soprattutto alla luce di tali rilievi che si giustifica la scelta di proporre al pubblico italiano la traduzione di *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*, opera pubblicata nel 2009 in seconda edizione (evento alquanto inconsueto per una monografia edita in Germania) da Stephan Meder, Ordinario di Diritto civile e Storia del diritto moderno all'Università "Leibniz" di Hannover. Come Meder chiarisce sin dalla Prefazione alla prima edizione, egli intende infatti "fornire una risposta alla domanda fondamentale relativa alle ragioni per cui e ai modi in cui, nelle diverse epoche, è possibile che dietro certe espressioni o concetti correnti sin dall'Antichità si celino nozioni completamente diverse". Là dove l'ipotesi da cui egli muove è che "l'esistenza di concetti completamente differenti dietro etichette o guscî identici non dipende soltanto dai rapporti continuamente mutevoli tra Stato, diritto e società, ma anche dalle percezioni di questo mutamento da parte dei più diversi autori".

Per afferrare appieno l'originalità e l'importanza della presente opera,

occorre metterla in rapporto a quelle visioni statualistiche che, come detto in apertura, improntano la teoria del diritto moderna. Il tema di cui Meder intende occuparsi si colloca esattamente sul versante opposto. Si tratta del “*ius non scriptum*”, inteso come complesso delle forme di produzione non statale del diritto, di cui il passato ha offerto significative testimonianze e che, debitamente attualizzate, possono servire anche per inquadrare le regolamentazioni inedite dei traffici contemporanei. Più precisamente, nel parlare di “*forme di produzione non statale del diritto*”, Meder si riferisce in generale alla produzione realizzata da tutti quei soggetti – appartenenti o non all’organizzazione dello Stato – che si distinguono dai titolari della sovranità politica e dunque del potere di normazione legale: non solo i vari soggetti privati in senso stretto (individui, associazioni etc.), ma anche i giudici, e più in generale i giurisperiti. Sotto quest’ultimo profilo, il nostro Autore ripartisce le forme in esame in tre grandi categorie: diritto consuetudinario, diritto dei giuristi e autonomia (*stricto sensu*: da non confondere con l’autonomia privata).

La minuziosa trattazione delle peculiari vicende storiche e questioni teoriche riguardanti tali categorie non può essere adeguatamente compendiata in questa breve presentazione. Qui interessa soprattutto dar conto dello sfondo dicotomico sul quale, secondo Meder, si sono finora stagliate e sono ancora destinate a stagliarsi le relative discussioni, e più in generale quelle sulla natura del diritto. Da un lato stanno le concezioni secondo le quali diritto è tutto ciò e solo ciò che sorge dai precetti di un’ autorità sovraordinata alla società cui esso si rivolge, e in particolare dalle leggi statuali. Sul fronte opposto si collocano gli autori che ritengono che artefici del diritto siano piuttosto tutte le organizzazioni sociali, di cui lo Stato costituirebbe solo una particolare espressione, sia pure di primaria importanza. Volendo individuare alcune recenti dottrine particolarmente rappresentative di questi due modelli teorici, si possono citare, rispettivamente, la giuspubblicistica tedesca del XIX secolo (che Meder esamina in maniera molto approfondita) e la dottrina pura kelseniana (la quale afferma, però, il primato assoluto dell’ordinamento internazionale), da un lato; e Santi Romano (tutt’altro che esente, peraltro, da suggestioni statualistiche), dall’altro lato. Un discorso a parte andrebbe svolto a proposito della concezione hartiana del diritto, la quale, pur finendo col fondare l’ordinamento giuridico sul riconoscimento dell’autorità normativa, ritiene che esso di-

penda da un complesso di individui diversi dai titolari di tale autorità (scil.: essenzialmente dai funzionari pubblici, ed eventualmente dai comuni cittadini).

La ragione per la quale Meder ritiene proficuo elaborare storicamente il paradigma dicotomico autorità politica-compagine sociale può essere ora ulteriormente precisata. La prevalenza effettiva dell'uno o dell'altro dei due suoi termini costituisce una delle principali variabili del modo di individuare e concepire nelle varie epoche le fonti del diritto, e in particolare quel complesso che abbiamo indicato come "ius non scriptum". Meder non è pertanto disposto ad aderire alla comune e semplificante definizione di tale locuzione, la quale fa leva sul dato puramente esteriore della forma (non scritta) di produzione di una certa regola. Piuttosto, come l'indagine storica è in grado di mostrare, la categoria del ius non scriptum risulta costantemente designare le regolamentazioni prodotte ai livelli sottostanti a quello occupato dall'autorità politica. Ed è proprio qui che emerge l'accennato, insostituibile ruolo della storia concettuale e, ad un tempo, il rapporto di circolarità che la lega all'indagine teorica. Il riconoscimento della mutevolezza storica delle realizzazioni di certe categorie, indotto dall'interesse scientifico che esse suscitano, fornisce a sua volta impulso all'individuazione del permanente substrato ideologico da cui dipendono i mutamenti in questione, e con ciò dell'elemento che fonda l'unità teorica delle categorie indagate.

Nel caso del ius non scriptum, tale substrato è costituito — appunto — dalla tendenza delle forze sociali a rivendicare nei confronti dell'autorità politica un autonomo spazio di produzione normativa, tendenza di cui Meder, sulla scia di Hannah Arendt, individua la manifestazione sorgiva nella contrapposizione tra concezione romana e concezione veterotestamentaria della legge. Così, mentre nell'Antico testamento la legge è vista come imperativo rivolto agli uomini da un Dio che li trascende e li sovrasta in maniera abissale, nell'antica cultura romana essa è piuttosto intesa come patto con cui gli uomini, incontrandosi su un terreno comune, istituiscono e regolano i loro rapporti reciproci. Questa contrapposizione sta appunto alla base del successivo sviluppo della storia giuridica, caratterizzato da un'alternanza tra modelli di produzione trascendente e modelli di produzione immanente, tra prevalenza del ius scriptum (es.: Epoca moderna) e prevalenza del ius non scriptum (es.: Epoca medioevale). Ed è vero che tale con-

trapposizione non va assolutizzata, giacché nessuna fase si presenta mai con la purezza che connota il corrispondente paradigma (si pensi all'importanza, quanto meno teorica, che il diritto consuetudinario – con Puchta e Savigny – e l'autonomia dei soggetti collettivi – con Gierke – ebbero nell'Ottocento statualista). Ma è pur vero che essa può quanto meno fungere da guida nella ricerca delle tendenze prevalenti di un'epoca.

A quest'ultimo riguardo, Meder ritiene non solo che con l'Epoca contemporanea stia prendendo piede una fase di notevole influenza normativa delle forze sociali, ma anche che tale prevalenza sia in qualche misura favorita dallo Stato stesso. Ciò è confermato da fenomeni come la concessione statale di poteri di disciplina ai privati, il coinvolgimento di questi ultimi nel processo di formazione delle leggi, la rinuncia dello Stato a regolamentare certe materie pur socialmente pregnanti. Fenomeni, questi, il cui carattere giuridico trova un chiaro riscontro nella comune percezione e, soprattutto, non può essere adeguatamente compreso mediante il loro inquadramento nei rigidi schemi della teoria giuridica tradizionale di impianto statualista. Ciò non significa, d'altro canto, che sia necessario andare alla ricerca di categorie integralmente nuove. Se è vero che la storia è attraversata da tendenze fondamentali che si susseguono di continuo, sia pure in configurazioni di volta in volta differenti, allora ogni problema nuovo lo è solo in senso relativo, e non è escluso che possa essere affrontato attraverso l'attualizzazione di schemi che si credevano antiquati. Esempio in questo senso è l'analisi che Meder dedica ai concetti di autonomia e di diritto consuetudinario, in rapporto alle questioni relative alla normatività delle condizioni generali di contratto e della produzione giurisprudenziale.

Concludendo, il proficuo monito che è possibile ricavare da opere pregevoli come quella che abbiamo presentato va colto proprio in quest'ultima direzione. La comparsa di fenomeni giuridici in gran parte inediti costituisce una sfida che il teorico può e deve affrontare in stretta collaborazione con lo storico del diritto. Se quest'ultimo ha il compito di mettere in luce il carattere storicamente condizionato delle categorie del diritto quale prodotto dell'uomo, e dunque la necessità di rivederle alla luce dei mutamenti sopraggiunti nella realtà cui la teoria pur sempre si rivolge, il teorico non deve concepire tale revisione come cesura radicale, bensì come prosecuzione di quell'incessante percorso evolutivo in cui consiste l'esperienza giuridica.

Nota del curatore

Desidero ringraziare il Prof. Stephan Meder per aver pazientemente letto e commentato la versione provvisoria della presente traduzione e per avermi fornito chiarimenti senza i quali essa sarebbe stata molto più manchevole.

In maniera egualmente sentita vorrei manifestare la mia gratitudine al Prof. Francesco M. De Sanctis, che mi ha onorato con la proposta di tradurre quest'opera e di pubblicarla nella prestigiosa collana da Lui diretta.

Prefazione

In occasione di questa nuova edizione il testo è stato rielaborato in maniera sostanziale, nonché arricchito di due capitoli che prendono in esame il futuro dell'autonomia privata e le questioni relative alle fonti del diritto all'interno del processo. A far da guida è stata l'idea che i rapporti tra i concetti di *ius scriptum* e *ius non scriptum* soggiacciano a continue trasformazioni e debbano essere intesi non solo come concetti opposti, ma anche da punti di vista comuni. Un esempio attuale che merita di essere citato è quello della "crisi finanziaria", la quale conduce a interventi rilevanti degli Stati sull'economia e la società. Ciò spinge ad emanare leggi di espropriazione e di risanamento redatte dai privati, ad esempio dagli studi legali specializzati nel diritto internazionale del mercato capitalistico, nelle normative in materia finanziaria e nel diritto della società. Ne consegue un aspro dibattito sui limiti delle capacità legislative statuali, sull'influsso che le lobby esercitano sulla soluzione di problematiche altamente complesse, nonché sulla questione se il Governo, in assenza di un esame più preciso, possa conferire forza di legge ai progetti formulati dai privati. Sotto tale profilo, vi è un largo accordo sul fatto che oggi giorno la partecipazione dei privati alla produzione "statale" del diritto costituisce "da lungo tempo il caso normale". Si può dunque supporre che il tema della produzione privata del diritto conservi una certa asprezza anche in epoche di crisi, quando si fa più insistente l'appello alla regolamentazione "statale".

Per critiche e incoraggiamenti ricevuti in recensioni, lettere e dialoghi devo manifestare la mia particolare gratitudine a Theodor

Bühler (Zurigo), Gaetano Carlizzi (Napoli), Gerhard Dilcher (Francoforte sul Meno), Paolo Grossi (Firenze), Manfred Rehbin-der (Zurigo), Michael Stolleis (Francoforte sul Meno), Emanuele Stolfi (Siena), Hubert Treiber (Hannover), Rudolf Wiethölter (Francoforte sul Meno), Harry Willekens (Antwerpen). Per la parte tecnica dell'edizione il mio ringraziamento va alla Sig. Sarah Leuninger, che ha provveduto alla compilazione degli indici. Devo ringraziare infine in modo particolare la Sig. Ina Krücke-berg per l'attenta revisione delle bozze.

Hannover, ottobre 2007

Stephan Meder

Dalla Prefazione alla I edizione

Nell'epoca recente aumentano le voci che richiamano l'attenzione sui mutamenti strutturali della produzione normativa. Esse sottolineano che la relativa competenza non è più riservata al legislatore statale, giacché anche i privati producono diritto o quanto meno finiscono per prendere parte alla sua produzione. Sotto tale profilo, una critica viene mossa alla tendenza della formazione e della ricerca scientifico-giuridica a concentrarsi sull'interpretazione e l'ermeneutica, là dove la produzione del diritto resterebbe largamente trascurata. L'indagine che stiamo presentando pone in questione le ragioni del mutamento strutturale della produzione normativa. Malgrado le discussioni attuali sul rapporto tra diritto e Stato ne costituiscano il punto di partenza, essa non intende farsi assumere a servizio degli interessi del presente, troppo spesso motivati solo politicamente. L'analisi storica della classificazione delle fonti del diritto mira piuttosto a fornire una risposta alla domanda fondamentale relativa alle ragioni per cui e ai modi in cui, nelle diverse epoche, è possibile che dietro certe espressioni o concetti correnti sin dall'Antichità si celino nozioni completamente diverse. Cerchiamo di chiarire brevemente questo punto utilizzando come esempio il "diritto consuetudinario".

Secondo un'opinione diffusa, il diritto consuetudinario è quel diritto che cresce – per così dire – spontaneamente dal basso della società. La sua legittimazione – per usare le parole del famoso giurista romano Giuliano – poggia sul fatto che “il popolo” lo “ha approvato in forma non scritta, attraverso un comportamento corrispondente”, e che esso “viene osservato allo stesso modo di una legge”. Da esso bisognerebbe distinguere il diritto scritto, che viene imposto da un'autorità sovrastante la società. Un esempio importante al riguardo lo offre la legge statale. La classificazione tradizionale delle fonti del diritto poggia sulla distinzione tra un diritto che si dispiega dall'alto e un diritto che cresce dal basso. Questo dualismo subisce una significativa relativizzazione allorché si pretende che regni *un'unica* volontà – che, ad esempio, la validità del diritto consuetudinario sia agganciata al requisito dell'adesione, della tolleranza, della conferma o dell'autorizzazione: il diritto consuetudinario significa qualcosa di completamente diverso quando la volontà dominante di un Papa, di un Imperatore, di un Sovrano territoriale o di uno “Stato” (in senso lato) prende il posto del popolo o della società.

Un discorso simile potrebbe valere per il diritto dei giuristi e per l'autonomia, che costituiscono l'effettivo punto di partenza del presente lavoro. L'ipotesi proposta a questo riguardo è che l'esistenza di concetti completamente differenti dietro etichette o guscî identici non dipende soltanto dai rapporti continuamente mutevoli tra Stato, diritto e società, ma anche dalle percezioni di questo mutamento da parte dei più diversi autori. L'aspirazione a una dottrina delle fonti del diritto completa e capace di soddisfare le richieste del presente può essere realizzata solo da chi tenga conto di questo fenomeno. L'indagine seguente si propone come uno studio preliminare alla formulazione di una siffatta dottrina.

Hannover, ottobre 2007

Stephan Meder

