

PATRICK NERHOT, *La coutume, le droit muet*,
Giappichelli, Torino 2012

Come l'autore stesso dichiara, questo testo intendeva essere una recensione alla collettanea di Raffaele Caterina, *La dimensione tacita del diritto*; tuttavia, la ricchezza del riferimento al *diritto muto*¹ ha costituito per l'autore occasione per ripensare, in modo originale e profondo, la figura della consuetudine giuridica. Il risultato di tale analisi, puntuale e critica, è un testo ampio e denso nel quale si delinea propriamente una nuova prospettiva filosofica. Non si è trattato, infatti, di muovere critiche ai testi considerati, o di accoglierne le sollecitazioni – l'attenzione rivendicata per quella forma di diritto sovente dimenticata o occultata perché non riconducibile all'atto di parola –; la riflessione di Nerhot ha piuttosto svelato le strutture profonde dei nostri modi di ragionare sul diritto: la consuetudine è divenuta così un varco tramite il quale accedere alla comprensione delle modalità con le quali concepiamo il diritto e i meccanismi razionali alla base della sua operatività, aprendo così a un orizzonte di senso completamente nuovo e inusitato. Rispetto al testo commentato, analizzato e ripensato, l'autore offre, con la sua potenza immaginifica e il suo rigore metodologico, una rappresentazione nuova e diversa della consuetudine giuridica, definita come "arte pitturale del linguaggio"².

Sebbene *La coutume* segua l'impostazione del volume collettaneo, e scandisca quindi la sua struttura in tre parti, è nella seconda che si sviluppano le tesi dell'autore e si rintracciano quindi i plessi problematici fondamentali che nutrono la riflessione filosofica proposta; ivi infatti si realizza una rilettura del concetto di "diritto muto" formulato da Rodolfo Sacco, filo rosso che lega tutti i contributi presentati nella collettanea, e

¹ R. SACCO, *Il diritto muto*, in "Rivista di diritto civile", 1993, pp. 689 e seg.

² P. NERHOT, *La coutume. Le droit muet*, p. 287 e segg. In particolare, l'autore riprende e sviluppa questa tesi anche nel testo M. BORRELLO - P. NERHOT, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2012, pp. 121-130.

dunque vero e proprio grimaldello per entrare in uno dei campi più originalmente occupati dalla riflessione giuridica attuale; l'autore così ne ridisegna le linee, svela le implicazioni filosofiche insite in questo concetto.

Vero e proprio cuore dell'analisi svolta da Nerhot, questo *strato di diritto vissuto*³ – che sebbene manchi dell'esplicitazione, della ipostatizzazione scritta, cionondimeno opera, con i suoi meccanismi funzionali, propri della giuridicità – consente di accedere a una comprensione piena dell'oggetto “diritto”; una comprensione che chiaramente si realizza abbandonando quell'ideale positivista del formalismo, per portare a un altro modo di pensare il diritto.

Qui sta allora il *trait d'union* tra le due monografie: entrambe si confrontano, si misurano, e pretendono di misurare, la complessità che il concetto di diritto solleva e pone. Ma se la dimensione tacita del diritto viene da una parte affermata come elemento imprescindibile per una comprensione del fenomeno giuridico, dall'altra essa diviene invece occasione per ripensare metodologicamente la rappresentazione stessa del diritto. Per Nerhot, in effetti, l'approccio metodologico è fondamentale e, se non esaurisce completamente la sua impostazione filosofica, certamente ne costituisce il suo profilo più autentico. Ed è allora una critica metodologica quella che si costruisce, tramite l'analisi di ciascun contributo, testo dopo testo, nelle sue pagine.

L'autore interroga la *dimensione tacita*, vale a dire non verbalizzata, implicita, del diritto, comunemente e erroneamente riportato quasi esclusivamente alla sua dimensione scritta, codificata. La distinzione, la pretesa distinzione tra un diritto implicito, sovente dimenticato e occultato, e il diritto esplicito, considerato spesso come la dimensione propria del giuridico, questa distinzione che intende rivelare come vi sia un'ampia sfera del giuridico che non sottosta alla esplicitazione verbale, si rivela tautologica, per cui, il riferimento al diritto implicito, al diritto muto, diviene in sé riconoscibile come diritto soltanto allorché esso sia espresso, esplicitato. La tesi che si rintraccia in ciascun contributo consiste infatti nel rilevare che vi sia

³ R. CATERINA, *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, p. 4.

un'ampia sfera del giuridico che non rientra nella esplicitazione propria della parola, una sfera che pur essendo muta, non sarebbe però meno giuridica, vale a dire vincolante. La realtà, strutturata ma nascosta, cui rinvia la consuetudine giuridica, si rivelerebbe dunque attraverso il silenzio, capace di dare senso, di consentire l'accesso al senso in modo del tutto spontaneo, avulso cioè da pratiche istituzionalizzate. Tuttavia, l'autore dimostra come questa tesi, assunto metodologico essenziale per lo sviluppo di ciascuno dei contributi presentati nel testo, più che proporre e costruire una nuova modalità di pensare il diritto, si limiti a opporre *“à l'explicite (formalisme juridique) ... un droit qui sera tel parce que formellement non explicite”* (p. X-XI). In altri termini, si evidenzia come in questa opposizione, che consiste nel contestare il formalismo, predomini una modalità rappresentativa assolutamente formalista: l'autore afferma infatti: *“il est, méthodologiquement parlant, erroné mais tellement révélateur d'une culture juridique spécifique, d'assimiler “coutume” et “non verbalizzato”. Évidemment que quelque chose est dit dès lors qu'un droit est affirmé, revendiqué. Ce langage là peut consister en un gestuelle, un rituel quelconque, mais il se traduit en une forme sociale spécifique, quoi qu'il en soit”* (p. 20).

L'autore mostra come il riferimento all'implicito sia quel modo formale e costitutivo proprio delle scienze cognitive; l'implicito, sovente convocato come strumento spieghazionale dell'esplicito, deve allora saper accedere a un nuovo linguaggio, a una nuova positività. *“Toute la question de méthode va être de construire cette nouvelle positivité, ce nouveau langage juridique”* (p. 4). Si ritrovano così, già nelle prime pagine, quegli interrogativi che percorrono l'integralità del testo e ai quali si intende propriamente rispondere: *“comment s'écrit, en un mot, l'implicite? Un “usage” n'est-il pas plutôt explicite d'un implicite dont il reste à identifier le langage?* Si aprono allora due strade: o si ritiene che l'uso sia una forma implicita di un esplicito⁴, e in questo caso si resta in un piano squisitam-

⁴ Ciò che si rileva, ad esempio, nell'elaborazione di Andrea Pozzoli, p. 13: *“L'implicite devient ainsi “una conoscenza non codificabile, non formalizzabile, non rappresentabile”, ce qui n'est pas vrai puisque nous en parlons”*.

te formale, in cui si nomina l'implicito come scrittura in negativo dell'esplicito; oppure si rintraccia nell'uso, nella consuetudine, propriamente un linguaggio altro, che occorre allora definire, precisarne la grammatica, identificare propriamente nella sua struttura⁵. Ed è questa seconda strada che viene intrapresa da *La coutume*.

La specificità della consuetudine è comunemente rintracciata nel suo porsi come l'opposto della regola scritta; tuttavia, non siamo in grado di comprendere esattamente cosa sia una consuetudine al di fuori di una sua formulazione tautologica: la ragione di questa impossibilità risiede nel suo essere priva di origine. *"C'est, du reste, cela qui est le plus troublant dans la pensée juridique traditionnelle lorsqu'elle invoque la coutume. Elle traduit quelque chose qui semble ne pas pouvoir se dire, et qui, alors, reporte à une sorte d'impensable qui finit par assimiler, confondre, ce qui peut relever d'un effet ou d'une cause, en d'autres termes, d'une juridicité ou d'une non juridicité, d'une légalité ou d'une non légalité"* (p. 94). L'assenza di origine rappresenta l'ostacolo epistemologico fondamentale nella comprensione della consuetudine, poiché è proprio dall'iscrizione di un'origine, di un momento primario, originario, che si rende possibile la percezione dei fenomeni; l'autore afferma infatti: *"l'origine est le phénomène grâce auquel on sait voir ce qu'il faut voir. Il est ce par quoi la pensée est regard, ce regard grâce auquel se perçoit la vérité du monde"* (p. 33). Più in generale, in effetti, la comprensione del giuridico è resa possibile dalla identificazione delle sue fonti: ma la metafora⁶ stessa della fonte ci dice che vi è qualcosa di indicibile tramite il quale appunto si rende possibile dire tutto; il diritto cioè trova la sua matrice spieghazionale in questo *indicibile*, da cui procede il suo senso. La consuetudine ci dice cioè, in modo diretto e man-

⁵ Si rileva, in questo senso, a p. 7: *"Caterina nous mène vers un monde que nous devons nous représenter de façon nouvelle, un monde où ce qui est "implicite" témoigne d'une réalité très structurée, mais cachée, et qui fait que l'implicite" en est sa formalisation nécessaire"*.

⁶ L'autore afferma infatti, p. 57: *"La métaphore est le moyen linguistique qui, par excellence, suscite les raisonnements les plus créatifs et grâce auxquels le "nouveau", la "création" sont rendus possibles"*.

ifesto, che non sappiamo dire l'origine, che vi è appunto un indicibile (come distinguere, nella ripetizione, ciò che è diritto da ciò che non assurgerà a tale qualificazione?) a partire dal quale si pongono e procedono i nostri ragionamenti sul diritto. Si introduce, in questi termini, quella prospettiva filosofica, propria dell'autore, che viene definita come la "metafisica della presenza dell'assenza" per la quale la rappresentazione del senso procede da ciò che *non è*⁷; in altri termini, si accede a "ciò che è" tramite "ciò che non è".

Tramite questa formalizzazione diviene allora possibile rovesciare l'impostazione assunta dai vari autori, i quali pretendono di riconoscere all'implicito (il diritto non verbalizzato, il diritto muto) la capacità di spiegare l'esplicito. Occorre cioè certamente rovesciare questa affermazione e riconoscere piuttosto in questo riferimento all'implicito un altro modo di porsi del ragionamento, che convoca appunto, sempre inderogabilmente, qualcosa di indicibile, tramite il quale realizzare compiutamente una comprensione (pp. 73-75).

La critica a Sacco diviene così occasione per presentare una prospettiva filosofica certamente originale, che supera la considerazione stessa della consuetudine e si apre invece a una lettura del mondo, in quanto offre gli strumenti metodologici necessari perché l'accedere al senso sia possibile. Nerhot, in altri termini mostra, tramite la sua analisi del concetto di consuetudine, quei meccanismi che presidiano i nostri modi di formulare il senso, che presiedono quindi allo svolgersi dei nostri ragionamenti. Il primo punto fondamentale in questo senso è certamente rappresentato dalla concezione della *temporalità*: occorre, secondo la proposta dell'autore, abbandonare la secolare modalità con la quale concepiamo il senso quando pretendiamo di svilupparlo secondo una precisa rappresentazione del tempo. Occorre cioè, secondo l'autore, riconoscere come i nostri ragionamenti si sviluppino secondo una struttura temporale rovesciata: la struttura prima-dopo diviene così il dispositivo metodologico tramite il quale accedere al senso,

⁷ L'autore formula precipuamente e compiutamente questa ermeneutica già nel testo *La métaphore du passage*, Padova, 2008.

e dunque altresì leggere la consuetudine (p. 108). In secondo luogo, viene posta la questione della *metafisica della presenza dell'assenza*, per la quale accedere al senso significa riconoscere che al principio di esso vi è presente un'assenza, senza della quale appunto non vi può essere senso. Non vi è ritenzione del senso o nel senso; esso è tale in quanto passaggio (p. 108); rappresentare il tempo secondo la scansione - che lega consequenzialmente il passato il presente e il futuro - produce una totalità assolutamente fallace, in quanto non vi è alcuna totalità del senso; ciò che in effetti sempre constatiamo è l'impossibilità di questa totalità, l'irriducibilità del senso alla figura chiusa della totalità; piuttosto occorre riconoscere come vi sia invece un indicibile al principio di ogni dire; *"Le passage est une pure abstraction, à l'opposé le plus extrême de la pensée empirique du temps du vivant. Le passage est la grande métaphore du judéo-christianisme; cette métaphore nous dit que le sens appartient à une pensée métaphysique: ce qui est par ce qui n'est pas"* (p. 115); questo indicibile è lo strumento metodologico tramite il quale si sviluppano i nostri ragionamenti, tramite il quale si affronta, e si conosce, il non saputo. La testimonianza, in questo senso, è la prova della presenza di questo indicibile, poiché in essa sempre qualcosa manca: *"Si ces témoignages sont traversés par des manques, ceux-ci ne sont que les témoins d'un indicible, ce par quoi une pensée est ce qu'elle est, jamais "présente", "à soi" d'un "soi" qui s'affirmerait parce que pensée de la totalité"* (p. 119). Si pone in questi termini il primo assunto metodologico fondamentale di questa riflessione filosofica, che costituisce la sintesi dei due punti evocati: questo indicibile è la condizione del pensabile: *"L'indicible, pour conclure provisoirement, ne se confond pas avec l'impensable, l'inconnaissable; il reporte à ce par quoi la pensée est pensée, à sa condition"* (p. 127). Per sviluppare compiutamente questo assunto diviene allora essenziale comprendere secondo quale modalità il pensiero si dà. In questo senso la questione della temporalità è certamente centrale. È, del resto, su questo terreno che si sviluppano originalmente, sebbene in direzioni diverse, i ragionamenti di Sacco e di Nerhot. Nerhot rileva come il modo con il quale viene definita la con-

suetudine sia tautologico (p. 93)⁸. Sebbene essa traduca un tentativo di rappresentare il diritto al di là di ogni formalismo, nello stesso tempo e necessariamente, apre a un'altra rappresentazione della forma, cioè rinvia a una socialità che traduce in quanto tale e perché tale una giuridicità intesa come normatività formale (p. 95). La consuetudine richiede il riferimento alla storia, che nella cultura giudaico-cristiana indica la relazione tra un prima e un dopo, e svolge il compito di rivelare il senso secondo questa relazione causale. Questa concezione della storia procede (a partire dai Lumi) dalla rappresentazione kantiana del tempo (p. 98-99) per la quale il tempo è il grado zero dell'atto cognitivo, un'intuizione in assenza della quale nessuna conoscenza (percezione dei fenomeni) sarebbe possibile. La consequenzialità tra prima e dopo, che generalmente poniamo, consente di conoscere, poiché ogni conoscenza proviene e procede da questa struttura; la storia in questo senso rappresenta la forma per definizione del conoscere. Ma in realtà, sottolinea Nerhot, questa struttura temporale, presentata secondo la sequenza prima-dopo, si realizza in termini rovesciati, poiché ciò che viene definito prima è sempre il prima di un dopo, è cioè evocato (appreso, considerato) in un "momento" seguente. L'autore afferma infatti: *"l'avant est toujours l'avant d'un après. Si nous voulions, par conséquent, concevoir cette structure comme celle d'un temps, alors il nous faudrait parler du temps renversé, ce qui serait proprement absurde même si cette opération est effectuée en permanence mais sans que cela ne soit compris"* (p. 104). A partire dal XVIII secolo tutto diviene origine, storia, ma tale questione risulta mal posta, poiché la modalità corretta tramite la quale si sviluppano i nostri ragionamenti procede dalla presenza dell'assenza (p. 130). In questo senso, la riflessione offerta da Sacco risulta essere particolarmente fertile: egli critica la nozione di storia, generalmente e comunemente assunta dalla dogmatica giuridica, rilevando come si tratti per gli storici del diritto soltan-

⁸ L'autore afferma, p. 94: *"Pour une pensée juridique classique, c'est un peu comme si quelque chose d'inhérent à la pratique sociale considérée était déjà, in nuce, une situation juridique"*.

to di rintracciare delle costanti; essi cercano ciò che gli appartiene (istituzioni, per es.), falsando così quelle stesse ricostruzioni, che pure si pretendono oggettive (p. 140). Nerhot spiega come la ragione di tale errore, così come rilevato da Sacco, debba propriamente essere rintracciata in questa inevitabile compromissione del dopo quando pretende di enunciare il suo prima. È, in altri termini, sempre il dopo che apre a un prima: il dopo è cioè un modo di interrogare che determina la rappresentazione del prima (p. 142).

Rilevata la falsificazione propria del discorso storico, il ragionamento di Sacco procede rilevando altresì come esista di fatto un diritto senza giuristi; la società *crea* diritto al di là di un linguaggio specifico, “*senza un apparato di conoscenza criticamente elaborato*” (Sacco, p. 69). Nerhot replica che, in effetti, in queste società ciò che manca è quella struttura, propria della cultura occidentale, di organizzare il diritto, ma cionondimeno evidenzia come si possa rintracciare una “formalizzazione” giuridica, nel senso che il diritto produce un linguaggio suo proprio: “*une communauté sans juristes n’était évidemment pas une société sans droit, nous pouvons tous être d’accord avec l’auteur, mais cela n’implique pas nécessairement qu’il n’y avait pas une spécificité sociale qui, précisément, était “spécifique” en ce qu’elle manifestait ce que nous appelons le “droit”, d’une part, et qu’une telle société sans juristes n’était pas nécessairement une société sans hiérarchie et sans pouvoirs d’autre part*” (p.151). Se dunque, da una parte, la riflessione di Sacco illustra, tramite il riferimento alla consuetudine, la modalità con la quale si è posta la legittimazione degli stati contemporanei come imposizione di un ordine che ha sostituito la spontaneità delle relazioni sociali (p. 175); dall’altra Nerhot evidenzia come tale riflessione non faccia che riprendere le riflessioni del XVIII secolo, magistralmente rappresentate da Jean Jacques Rousseau (p. 233)⁹. Si ritrova così in Sac-

⁹ In tal senso Nerhot afferma che Sacco è un antropologo, cioè propone una antropologia, ed esattamente come Rousseau, ragiona, sviluppa i suoi ragionamenti a partire da due elementi, vale a dire la tradizione e la lingua, p. 233.

co, così come già si ritrovava in Rousseau, la descrizione di uno “stato di natura”, espressione di una relazionalità libera, cioè spontanea, alla quale sussegue, sostituendosi, l’ordine giuridico istituzionalizzato. Si pone così una rappresentazione della socialità della quale non si detiene l’origine, sebbene quest’ultima sia costantemente evocata per fornire razionalità al discorso che pretende di rintracciare il senso di quella stessa socialità (p. 239).

Occorre, secondo Nerhot, rileggere queste riflessioni, certamente cariche di senso, riconoscendo però in esse una modalità precipua di attestare il senso nella quale e per la quale la storia è *immanente* all’umanità: il passato, in altri termini, testimonia di una trascendenza che il presente attesta (p. 242). Così, se la storia è immanente all’umanità, il passato, cioè la trascendenza, è la trascendenza di un’immanenza. Il presente è dunque la scrittura di questo eterno superamento per il quale un ordine si contesta a nome di un ordine che dichiariamo superiore. La ragione diviene con i Lumi l’immanenza dell’umanità, ed è questa medesima immanenza che guida, rileva Nerhot, le considerazioni poste da Sacco. Come per Rousseau, anche per Sacco l’origine non è l’inizio di una storia, bensì una considerazione razionale (p. 243) che appartiene alla natura umana: “*una regola naturale basta a se stessa*”, afferma Sacco (p. 247). È dunque soltanto nella natura che si ritrova un ordine capace di esprimere giustizia (p. 249). Nel riportare i ragionamenti a un’origine, che è tuttavia soltanto ipotetica, si afferma l’inevitabilità di una trascendenza (la giustizia della socialità) che è immanente all’umanità (p. 250). La consuetudine, così come definita da Sacco, e lo stato di natura roussoiano, *significano* opposizione secca al diritto, significano espressione di libertà; il diritto subentra invece per interrompere questo stato libero e per imporre un ordine che si auto legittima come tale: “*l’état de nature représente un monde sans droit où tout est harmonieux: les droits n’ont fait que consacrer un état qui s’est éloigné de l’état de nature, c’est-à-dire qui a proclamé l’inégalité entre les hommes*” (p. 259). Ma questa concezione ci dice che è propriamente lo stato di natura ciò tramite cui il diritto rappresenta (p. 265). Il diritto allora non

è muto, poiché la gestualità è linguaggio della natura: “*Ces gestes sont les phénomènes de la langue, la représentation par laquelle se disposent les raisonnements qui montrent ce qu’est le “langage”*”(p. 280). La natura è questo *oltre la ragione* che la ragione invoca, un al di là necessario perché la ragione stessa possa definirsi sebbene resti come tale indicibile (p. 305). Il diritto in questo senso non è altro che la trascrizione formale, “simbolica”, di una morale fondatrice (p. 315). “*La coutume, en effet, dans le pur silence des mots, devient ce langage, regard gestuel, qui montre un phénomène social: constant, signifiant, qui se reproduit*” (pp. 323-324).

Seguendo le riflessioni di Sacco, passo dopo passo, parola per parola, Nerhot perviene così a un’interrogazione della nostra cultura giuridica, che se da una parte risulta aspramente critica, dall’altra consente di accedere a una nuova e altra rappresentazione del giuridico, posta su basi metodologiche radicalmente nuove.

Maria Borrello