



# RECENSIONI

**Rodolfo Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 184.**

1. Non senza qualche timore un giurista pratico, come chi scrive, si accosta a «*Il diritto muto*». Non soltanto per l'importanza dell'Autore, membro dell'Accademia nazionale dei Lincei e unanimemente riconosciuto come il caposcuola della comparazione italiana, ma soprattutto per la complessità del tema trattato, in apparenza (ma solo in apparenza) molto distante dalla quotidianità del lavoro curiale. Fin dalle prime pagine del volume, però, ogni timore si dissolve e il lettore si sente piacevolmente accompagnato dalla piana scrittura di Rodolfo Sacco verso l'affascinante scoperta di territori silenziosi e pressoché sconosciuti della scienza giuridica. Nel breve saggio si lambiscono, infatti, aree di ricerca che si estendono – come rivela il sottotitolo – nelle zone di confine con numerosi saperi non giuridici quali, solo per citarne alcuni, la psicologia, l'antropologia, la filosofia, la storia, la linguistica, la semiotica, la genetica e le neuroscienze. L'opera lascia così trasparire la vastità degli studi dei quali è il precipitato e – fenomeno ormai raro nel mondo dei *big data* giuridici – offre, non un'abbondanza chiassosa di informazioni superficiali dalla rapida obsolescenza, ma, insieme a una gran messe di spunti, un concentrato di acute riflessioni sulla struttura profonda e la realtà del fenomeno giuridico. Del resto, Sacco si interessa al diritto muto fin dagli anni '80 del secolo scorso, come testimoniato da un celebre articolo, risalente al 1993 e pubblicato nella *Rivista di diritto civile*<sup>1</sup> (v. anche la voce del *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., aggiorn., IV) e, tra gli altri scritti, in tempi più recenti, dalla monografia dedicata all'antropologia giuridica<sup>2</sup>.

2. Ma che cos'è il diritto muto? Il sintagma riporta a una nozione o, forse meglio, a una oggettività sociale che non si presta ad agevoli definizioni; l'Autore nondimeno fornisce una esauriente risposta all'interrogativo già nei primi due capitoli del volume, rispettivamente intitolati «*A modo di preambolo*» e «*Cos'è il diritto muto*». Ebbene, il diritto muto è il «*diritto praticato e non verbalizzato*» (p. 9) e, quindi, era sì diritto muto «*il diritto dell'uomo privo di linguaggio articolato*» (*ibidem*), ma ancor oggi è diritto muto quello che non ha bisogno del linguaggio perché è diritto non scritto, non parlato né verbalizzato. Secondo la fondamentale tesi di Sacco, infatti, esiste anche nell'attualità, dominata dalla parola verbalizzata e scritta, un «*droit gestuel (diritto gestuale) ... che si manifesta senza fonte parlata, mediante l'ottemperanza silenziosa della comunità*» (pp. 15 e 16). E dell'esistenza e del contenuto di un tale diritto noi veniamo a conoscenza, non attraverso le parole, ma constatando i comportamenti fattuali che si conformano a regole non esteriorizzate, implicite nel «*saper fare*» degli appartenenti a una collettività.

<sup>1</sup> Parte I, pp. 689-702, nonché in «*Revue trimestrielle du droit civil*», 1995, n. 3, p. 783 ss.

<sup>2</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Di più. Il diritto muto, oltre a non essere verbalizzato, può perfino non essere pensato (sicché l'aggettivo "muto" non è semanticamente sovrapponibile a "tacito"), perché seguito in modo inconscio. La norma del diritto muto è dunque una «norma non suffragata da un discorso pronunciato o pensato» (p. 16).

Per apprezzare le tesi di Sacco o, meglio, per poter percepire in maniera consapevole la realtà esperienziale sulla quale poggia il Suo argomentare, occorre liberarsi dei condizionamenti ideologici che il positivismo giuridico ha esercitato sulle menti e le coscienze dei giuristi occidentali, specialmente di quelli dell'area del diritto continentale. Negli ultimi tre secoli, soprattutto a partire dalla Rivoluzione francese, i giuristi di *civil law* sono stati educati a pensare che il diritto sia esclusivamente quello *scritto*, ossia il diritto creato dal potere centralizzato, di origine autoritativa e veicolato dalla legge dello Stato. I due caposaldi dell'«edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca» (p. 18), cioè lo statualismo e il legalismo, hanno oscurato il dato dell'esistenza, da sempre, di una gran mole di diritto *non scritto* il quale, anzi, nel suo insieme, costituisce la gran parte della giuridicità (seppur inespressa), al pari di come la materia oscura – si passi la similitudine – è la componente principale dell'universo. Le mitologie giuridiche della modernità<sup>3</sup> hanno fatto velo al diritto muto. Celebre vittima di questo tentativo di rimozione è stata la consuetudine la cui origine spontanea e non autoritativa spiega la sua dequotazione da parte di molte ideologie giuridiche scaturite da quei miti. Rodolfo Sacco, non a caso, dedica molte pagine (da p. 19 in poi) alla riabilitazione della consuetudine, dimostrando la fallacia dei molti luoghi comuni che hanno ingiustamente contribuito a svalutarla nell'ambito della teoria generale. La consuetudine, che del diritto muto è una parte rilevante, ancorché non esaustiva, esce molto rafforzata dall'analisi di Sacco: l'Autore dimostra in modo convincente che essa non è affatto priva di cedevolezza e di flessibilità e che, al contrario, «è fluida e duttile» (p. 27) al punto che, pur evitando di «dirlo apertamente» (pp. 24 e 33-36), alla consuetudine fa spesso massiccio ricorso la giurisprudenza. Dal punto di vista, poi, dell'antropologo giuridico, dello storico del diritto e del comparativista, la consuetudine si rivela tuttora viva e vitale in molti sistemi giuridici, nel diritto internazionale e, finanche, nel diritto italiano sia privato (si accenna al segreto bancario o all'istituto della società di fatto) sia pubblico, nonostante quest'ultimo, più di ogni altro settore dell'ordinamento, appaia presidiato dal diritto scritto. Insomma, «nel reale il diritto non scritto è importantissimo» (pag. 42) e affiora, oltre che nella consuetudine, in quelle norme informali, che vanno sotto il nome di principi, il cui significato è in concreto decrittato dall'interprete il quale crea (non inventa) la norma muovendo dalla precomprensione del testo. Alla precomprensione concorre grandemente il diritto muto.

Citando Jean Carbonnier, Rodolfo Sacco ci ricorda che «(i)l diritto preesiste alla sua applicazione»<sup>4</sup> e soggiunge, introducendo «uno dei due fondamenti» (p. 68) dell'opera (l'altro fondamento è esaminato a partire da p. 121), che è possibile, sebbene l'idea stenti ad essere accettata dai giuristi colti, «accedere ad un diritto e praticarlo, senza avere in mente, in qualche modo almeno embrionale, la descrizione della regola» (*ibidem*). In altri termini, la pratica del diritto si attua in modo analogo alla pratica linguistica, là dove il parlante usa la lingua in modo istintivo, senza alcuna necessità di una previa e consapevole

---

<sup>3</sup> Il riferimento è all'insegnamento di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2007, e, più di recente, *Id.*, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, PUF, Paris, 1955, pp. 63-64.

rappresentazione mentale della regola applicata. Anche nel campo del diritto si trasmette mediante la cultura, non già la conoscenza della proposizione in cui è formulabile la regola, ma la capacità di applicare correttamente quest'ultima nel caso concreto (p. 69), in conformità a schemi giuridici latenti. Si ripropone dunque la distinzione tra un «*sapere che*» (il diritto consapevole dei giuristi) e un «*sapere come*»<sup>5</sup> (proprio di tutti gli appartenenti a una cultura).

**3.** Nel terzo, breve, capitolo l'Autore si occupa del tempo del diritto muto. In sintesi, Sacco spiega che, se il diritto muto ha trovato applicazione durante tutto il periodo in cui l'*homo* non ha parlato, tale diritto non è però scomparso una volta sviluppatosi il linguaggio verbalizzato e poi scritto. Il diritto muto, insomma, non è stato solo il diritto dei nostri antichi progenitori<sup>6</sup>.

Nel ripercorrere velocemente le tappe dell'evoluzione giuridica, l'Autore individua il momento della creazione artificiale di norme allorché il potere autoritativo ha avvertito l'esigenza di rendere duraturo il suo diritto mediante la scrittura, tecnologia che consente la conservazione e la trasmissione del pensiero nello spazio e nel tempo e, quindi, anche delle regole giuridiche. «*Il diritto muto però non è stato soppresso*» (p. 87): esso può essere indicato con nomi nuovi (mezzo ermeneutico, precomprensione, diritto vivente, *law in action*, ecc.), ma è ineliminabile.

**4.** Il quarto capitolo si sofferma sulla contrapposizione tra il negozio, quale dichiarazione di volontà (tipica espressione di diritto parlato), e l'atto, quale forma di diritto muto. La dottrina ha cercato di nascondere siffatta dicotomia tentando di ricondurre il secondo al primo (ad esempio, con le dottrine del "fatto concludente" e del "negozio di attuazione"), ricostruendo l'atto muto nei termini di un comportamento implicante comunque una volontà. Sacco smaschera l'erroneità di tali ricostruzioni, giacché «*(i) rapporti giuridici esistono solo nella mente umana. Nel reale fisico troviamo invece quei comportamenti umani che poi il giurista qualifica come atti di esercizio del diritto ...*» (pp. 92-93). Il reale è l'esercizio del diritto, esso è il *prius* logico, mentre la concettualizzazione del diritto è un *posterius*. Da sempre l'atto di autonomia (come, ad esempio, l'occupazione, diffusamente esaminata nel capitolo) è muto e il suo fulcro è la volontà di un fatto che scatena effetti giuridici; diversamente il negozio, atto parlato, consiste – al pari della legge – in una programmazione sociale rivolta al futuro, attraverso la dichiarazione della volontà di una vicenda giuridica. Anche nel campo del diritto civile, dunque, in cui massima è la concettualizzazione attorno alla figura del negozio, l'atto muto occupa una posizione centrale e di ciò sono conferme eloquenti i numerosi esempi passati in rassegna a p. 123 (oltre all'occupazione, il possesso, l'accettazione tacita della proposta contrattuale e via seguitando).

**5.** Nel quinto capitolo, incentrato sui rapporti tra diritto muto e teoria generale, sono tracciate le coordinate per una rifondazione del concetto di "diritto naturale". Se il diritto muto «*esiste da quando esiste l'uomo, e da allora non ha mai cessato di esistere*» (p. 108), con l'avvento di un diritto autoritativo e verbalizzato esso ha assunto un ruolo sussidiario, ma non meno rilevante. Il

---

<sup>5</sup> Sulla distinzione tra *knowing that* e *knowing how* Sacco cita G. RYLE, *The Concept of Mind*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949, trad. it. *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, 1955.

<sup>6</sup> Ai nostri antenati è fatto omaggio nella foto di copertina del volume raffigurante le impronte rupestri rinvenute nella grotta del Castillo, in Spagna.

diritto muto è un diritto *naturale*, non però nel senso roussoiano<sup>7</sup> di un mai esistito ordinamento di una originaria condizione umana virtuosa e innocente, ma in una concezione dinamica, storica, biologica e, finanche, genetica. Al riguardo Sacco propone un'idea forte, forse la più affascinante dell'intero volume (e che, a giudizio dell'Autore, costituisce il secondo fondamento dell'opera): se la consuetudine trova la sua legittimazione, non nella forza, ma nell'accettazione e nel consenso dei partecipi che ricevono la regola insieme alla cultura, la restante parte del diritto muto, quella ancora inattuata, non richiede alcuna giustificazione (p. 120) perché il diritto muto è nascosto e appartiene alla precomprensione dell'interprete. Occorre allora chiedersi a quali fonti attinga tale precomprensione. Sacco ritiene che tali fonti, le stesse del diritto muto, costituiscano un insieme aperto, dal momento che «(t)utto ciò che può essere pensato come norma può diventare norma, diritto muto» (p. 124). Le fonti del diritto muto si rinvengono nel diritto del passato, nelle esperienze giuridiche di altri ordinamenti, nelle aspirazioni a un diritto differente e "desiderato" oppure nella dottrina giuridica che il giurista abbia interiorizzato. Non si può escludere, inoltre, che il diritto muto, oltre ad essere trasmesso con la cultura (come parte di un inconscio collettivo), sia trasmissibile anche per via genetica e che, quindi, nel DNA siano iscritte alcune regole giuridiche, osservate in modo inconsapevole. E per l'abbozzo di siffatta teoria di un innatismo giuridico, Sacco richiama le recenti acquisizioni delle neuroscienze sul funzionamento dei neuroni specchio, dell'empatia e del desiderio di imitazione.

Non v'è dubbio che, in questa prospettiva, il sintagma "diritto naturale" acquisterebbe un nuovo e rivoluzionario significato.

6. Gli ultimi tre capitoli del volume esaminano le relazioni tra il diritto muto e quello parlato. L'Autore prende l'abbrivo dalla simbiosi esistente tra il diritto e la lingua e, in particolare, sottolinea il potere magico della parola che, pure nel campo del diritto, consente le concettualizzazioni e dispiega un effetto di realtà, creando un mondo trascendente diverso dal reale. La parola e lo scritto, così, oltre ad incidere sul processo cognitivo dell'uomo rivolto al diritto (p. 139), hanno permesso la trasmissione del sapere giuridico, la formazione di professionisti del diritto e, soprattutto, la programmazione giuridica del futuro. Tanto non è né sarebbe stato in grado di fare il diritto muto che, invece, si presenta incatenato alle vicende che si svolgono nel presente. Nonostante queste diversità esiste tuttora uno spazio per il diritto muto: anzi, la capacità di "sentire" i semi del diritto muto ci consente di percepire la giuridicità, ponendo le condizioni per l'esistenza stessa della norma parlata. Inoltre il diritto muto, in ogni ordinamento, vive, accanto alla norma parlata, nei «*reticolati di norme latenti, chiamate mezzi ermeneutici*» (p. 149). Di più: ogni norma ha una componente muta che, a sua volta, ha fonte nella realtà biologica e culturale degli esseri umani e la creazione di ogni norma è preceduta da un seme del diritto muto, da uno stato d'animo di adesione a un valore o a un comportamento; compito del giurista è far affiorare la norma dal silenzio, come quando il giudice, nel decidere un caso che non abbia precedenti, enuncia la regola, attingendola dai semi del diritto muto che, in tal maniera, viene verbalizzato.

7. La ricchezza degli spunti offerti da «*Il diritto muto*», dei quali si è dato succintamente conto, rende la lettura del volume un'avventura intellettuale

---

<sup>7</sup> J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les homes*, 1754.



della quale nessun giurista, nemmeno l'operatore pratico, dovrebbe privarsi. Al di là della dimostrazione dell'esistenza di una giuridicità silenziosa della quale è intrisa la nostra quotidianità, il maggior pregio del saggio è nell'ottimismo che da esso promana. La forza della ricerca di Sacco è nella rivelazione che il diritto non è in crisi; semmai in crisi è il positivismo, con i suoi dogmi, ossia la finzione riduzionistica che ha dominato il pensiero giuridico degli ultimi tre secoli, costringendo gli studiosi a focalizzarsi sul diritto scritto, la legge dello Stato e il negozio. La parabola del positivismo rappresenta, tuttavia, solo una breve parentesi nella lunga storia della giuridicità, sicché, «*quando il giurista guarda le cose dall'alto, cioè dalla posizione della storia e comparazione, o – più ancora – dalla posizione della teoria generale, allora è aperto verso il reale, e nel reale il diritto non scritto è importantissimo*» (p. 42).

Il profondo insegnamento di Sacco può allora compendiarsi nell'invito a guardare al diritto dall'alto: il giurista ha il dovere, e la missione, di superare ogni sterile autoreferenzialità e di aprirsi, con umiltà e rigore critico, a una reale multidisciplinarietà, avvalendosi degli apporti fecondi che può trarre da altre scienze. Di quanto sia proficua la collaborazione tra i saperi è, del resto, ben consapevole chiunque si occupi professionalmente di regolazione dei mercati; invero, le discipline giuridiche dei mercati regolati si presentano, come è noto, fortemente contaminate dalle interferenze di altre scienze, in primo luogo di quelle ingegneristiche ed economiche, ma anche, e sempre di più, di quelle psicologiche: basti, per tutti, l'esempio del crescente successo che sta riscuotendo la *nudge regulation*<sup>8</sup>, basata sull'approccio comportamentale, quale forma "gentile" di regolazione.

Insomma, perfino in un settore dall'elevato contenuto tecnico e apparentemente lontanissimo dal diritto muto, l'intuizione dell'esistenza di una giuridicità profonda, insita nelle nostre coscienze, si presta a fertili approfondimenti e può dischiudere nuovi, interessanti campi di ricerca.

(Gabriele Carlotti)

---

<sup>8</sup> Sulla *nudge regulation*, altrimenti conosciuta come regolazione delle "spinte gentili", va richiamato il celebre contributo di R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale University Press, New Haven, CT, 2008, trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009.