Maria Rosaria Marella

*Per un'introduzione allo studio del diritto:
costruire le competenze di base*

SOMMARIO: 1. Uno sguardo ai manuali – 2. Competenze di base e categorie civilistiche – 3. Il punto di vista dell'osservatore – 4. La ricetta della professionalizzazione – 5. Un modello differente – 6. Alla scoperta di come davvero il diritto funziona

1. *Uno sguardo ai manuali*

Il tema è tale da far tremare le vene ai polsi e io non sono assolutamente in grado di esaurirlo nella sua complessità. Mi limiterò allora ad alcune riflessioni da civilista che poi spero di poter integrare nel corso della discussione.

Partirei dalla considerazione di alcuni dei manuali di diritto privato attualmente in uso. Va detto che sovente nelle loro introduzioni questi manuali non si soffermano a chiarire quali siano gli obiettivi formativi che si pongono. Fa forse eccezione il manuale di Gazzoni¹, le cui prefazioni pullulano di esternazioni che grondano disprezzo nei confronti degli studenti – in particolare i maschi, definiti ottusi 'a prescindere' – e di accuse al ceto docente delle nostre superiori (soprattutto, *ça va sans dire*, alla sua componente femminile), giudicato colpevole, fra l'altro, di una sorta di 'mammismo' che ostacolerebbe i nostri giovani nel compimento del 'freudiano' parricidio, impedendo loro di diventare finalmente 'veri maschi'. Diverse, molto più simpatetiche, le note che si leggono in Trabucchi² intorno alla problematicità del diritto. Salvo questi due esempi, gli autori si mostrano tendenzialmente piuttosto laconici. Per esempio Bessone³, che dirige un manuale a molte mani, richiama il sistema e la scientificità della trattazione in ossequio alla tradizione più consolidata, mentre

¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2007, pp. XXV ss.

² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova 2017, pp. VII ss.

³ M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino 2017, pp. XLI ss.

invece Trimarchi⁴ ricollega la sua preferenza per le soluzioni normative efficienti alla giurisprudenza degli interessi. Paolo Zatti⁵ dichiara di voler fornire non nozioni ma una mentalità di lavoro tanto agli studenti più giovani quanto a quelli più maturi che usano il suo manuale per la preparazione dei concorsi post-universitari. Giuseppe Amadio e il qui presente Francesco Macario⁶ dichiarano dal canto loro di aver cercato, tra le altre cose, la decrittazione se non la demistificazione di alcune «formule magiche» della dottrina.

Al di là delle intenzioni più o meno dichiarate, l'impianto dei manuali tende comunque a riprodurre la tradizionale sistematica e dunque non smentisce l'idea, appunto tradizionale, che le competenze di base siano costruite attraverso l'apprendimento e l'impiego delle categorie giuridiche che compongono il sistema (mi riferisco ovviamente alle categorie civilistiche)⁷. Quelle categorie che nel diritto moderno, in particolare nei sistemi codicistici, hanno garantito la mediazione tra diritto come tecnica e come pratica, e diritto come scienza.

Fa storia a sé il *Manuale del diritto privato italiano* di Pietro Rescigno, ahimè non più in uso. Le premesse alle varie edizioni esplicitano un progetto didattico che per molti versi costituisce il modello ideale cui tendono alcune delle osservazioni che seguono. Il manuale è destinato «agli allievi dei corsi tenuti all'Università» ed è ispirato «a una più larga fiducia nella [loro] capacità critica [...] e nella [...] disponibilità e prontezza al dialogo»⁸. Ciò che l'Autore intende suscitare è «il senso del diritto come esperienza di problemi» evitando l'illusione di un sistema pacificato, costituito da «formule immutevoli, spesso non genuine e quasi sempre superate dalla realtà». A questo fine il libro si sforza pertanto di evidenziarne anche le «ambiguità incrinature lacerazioni che rendono faticoso il lavoro dell'interprete»⁹. L'impianto è aderente alla «convinzione che vicenda storica, ragione politica, coerenza tecnica degli istituti siano momenti di una riflessione unitaria» di cui il libro intende far comprendere origine e sviluppi e mettere in luce «i limiti e le contraddizioni, illuminare le possibilità e

⁴ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2014, pp. V ss.

⁵ P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, CEDAM, Padova 2015, pp. V ss.

⁶ G. AMADIO – F. MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Il Mulino, Bologna 2014, p. 23.

⁷ Non è qui il caso di soffermarmi sul rapporto fra categorie e sistematica. Cfr. in argomento N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 28 ss.

⁸ Così la *Premessa* alla prima edizione pubblicata da Jovene nel 1973 che traggio da P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Terza ristampa della XI edizione con appendice di aggiornamento, Jovene, Napoli 1997, pp. XVII ss.

⁹ *Premessa* all'edizione del 1982, op. cit. nt. 8.

le [...] prospettive di riforma». L'esigenza di offrire agli studenti dei corsi universitari opere «aperte e problematiche» fa premio su «la tendenza del mercato e degli scrittori a suggerire ed a privilegiare libri di evidente, e talora dichiarata neutralità ideologica, che costringono l'esperienza in nozioni e schemi elaborati secondo le vecchie tecniche definitorie»¹⁰.

Il Manuale di Rescigno segnò negli anni Settanta una discontinuità nella cultura privatistica e nell'insegnamento. Se ripreso svolgerebbe anche oggi una funzione di argine contro un certo conformismo di ritorno che alberga nelle nostre aule universitarie.

2. *Competenze di base e categorie civilistiche*

Nel diritto moderno, in particolare nei sistemi codicistici, le categorie giuridiche svolgono un ruolo (apparentemente neutro sul piano assiologico) di mediazione e filtro fra la produzione normativa e una tavola di valori condivisa, espressa da un contesto sociale tendenzialmente omogeneo. Con il mutare del quadro di riferimento – già evidente nella Costituzione democratica del '47 – e lo stesso articolarsi del tessuto sociale secondo una composizione maggiormente complessa, molto diversificata al suo interno, le categorie giuridiche tendono a perdere il ruolo di fattori di mediazione fra norma e realtà, «di sintesi fra il quadro formale e il contesto sociale»¹¹.

Ora, non è certo possibile in questa sede affrontare compiutamente il tema dell'attualità delle categorie civilistiche. Tuttavia, a proposito della loro tenuta e della possibilità/opportunità di ravvisarvi la strada maestra per la formazione di base del giurista, qualche notazione può essere fatta a partire da due libri pubblicati di recente e quasi coevi, e cioè il libro di Nicolò Lipari, del 2013, sulle categorie del diritto civile¹² e il libro di Judith Rochfeld su *Le grandi nozioni del diritto privato*, uscito in Francia nel 2014¹³ (senza dimenticare *L'eclissi del diritto civile* di Carlo Castronovo, ma il discorso ci porterebbe troppo lontano¹⁴). Questi due libri ci interessano ai fini della discussione che tento qui di sviluppare perché, nel riferirsi alle categorie e quindi alle grandi nozioni del diritto civile, ci parlano in realtà

¹⁰ Dalla *Premessa* all'edizione del 1986, op.cit. nt. 8.

¹¹ Così N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. nt. 7, p. 29.

¹² LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. nt. 7, passim.

¹³ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, Paris 2014.

¹⁴ C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015. Per un confronto con la riflessione di Lipari, cfr. G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in «Rivista critica del diritto privato», 2017, p. 431 ss. e spec. 435 ss.

della loro crisi e della loro trasformazione. L'atteggiamento verso la tematica è tendenzialmente diverso e marca anche la differenza generazionale tra i due autori: Lipari, formatosi in una fase in cui era salda la fede nella coerenza del sistema e nella oggettività di un sapere affidato a categorie scientificamente fondate¹⁵, ne denuncia la crisi profonda, a tratti drammatica, quali strumenti che hanno garantito la certezza del diritto moderno, ma oggi ci appaiono come «vestiti logori»¹⁶, perché non più capaci di assicurare la mediazione tra fatto e scienza giuridica se non al prezzo di una profonda revisione. Judith Rochfeld, per canto suo, manifesta una maggiore fiducia nelle capacità delle «grandi nozioni» di rinnovarsi progressivamente sotto la spinta dei mutamenti sociali e tecnologici e per effetto di sommovimenti interni al sistema stesso. È una fiducia forse derivante da un originario disincanto nei confronti della consistenza scientifica delle «grandi nozioni», che tuttavia si ritengono comunque utili per il giurista, purché si dia conto della pluralità dei significati che di volta in volta rivestono. Rochfeld, peraltro, fa proprio l'insegnamento di Yan Thomas, quindi l'idea della neutralità delle forme giuridiche, capaci di vestire e di servire obiettivi più diversi e anche di assumere una pluralità di contenuti¹⁷.

In realtà sappiamo benissimo che la crisi delle categorie è stata denunciata ogniquale volta è mutata la *legal consciousness*: basti ricordare le accuse di vetustà e di inadeguatezza rivolte alla categoria del diritto soggettivo nella fase del *Sociale* (da Duguit a Ferrara)¹⁸, quando la volontà dei privati aveva mostrato la sua insufficienza rispetto alle turbolenze che attraversavano la società, imponendo l'intervento del legislatore in funzione perequativa e redistributiva. Non si tratta perciò certamente di un fenomeno nuovo. Possiamo però oggi registrare uno slittamento da una concezione delle nozioni giuridiche di base quali fondamenti di una scienza, al riferimento a nozioni o categorie come cardini di una lingua che va appresa e articolata. Dunque un passaggio dal dominio di un paradigma scienziato, radicato nell'idea di un sistema pienamente coerente e completo, all'accoglimento di un modello discorsivo nel quale alle categorie corrispondono

¹⁵ D'obbligo il riferimento a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, (l'ultima edizione, la nona, è del 1966).

¹⁶ Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. nt. 7, p. 41.

¹⁷ ROCHFELD, *Les grandes notions*, cit. nt. 13, p. 2 ove richiama Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, in «Le débat», 100 (mai-août 1998), p. 104.

¹⁸ DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in DU. TRUBEK & A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge 2006; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2 éd., Paris, 1920; F. FERRARA, *La proprietà come "dovere sociale"*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma 1939, pp. 279 ss.

convenzioni stipulative, tendenzialmente polisemiche e non più tali da classificare la realtà. O meglio: non più tali da autorizzare operazioni di semplice sussunzione. Di qui, insieme all'eventuale polisemia che i termini tecnici possono assumere, le possibili incertezze/ambiguità che queste trasformazioni comportano, soprattutto in ragione dell'inedito ampliarsi dei contesti, vuoi normativi, vuoi fattuali, di riferimento.

Per riprendere alcuni esempi fatti da Lipari e Rochfeld – ma non è difficile arricchire il novero – una prima distinzione concettuale che è sempre stata forte e indiscussa e che oggi tende, se non a venire meno, certamente a sbiadire e ad abitare una zona grigia, è quella che riguarda la *summa divisio* soggetti/beni.

Tale distinzione appare oggi meno netta di un tempo se consideriamo, ad esempio, quelle risorse materiali e immateriali che assumono la soggettività giuridica per essere meglio tutelate – dallo studio dei beni comuni ci vengono molti esempi al riguardo – ma anche il caso della soggettività animale: gli animali, da sempre appartenenti alla categoria dei beni, sono da più parti oggi inclusi nello statuto giuridico delle persone in virtù della dignità che è loro riconosciuta. O pensiamo all'ampia serie di questioni giuridiche sollevate dal c.d. internet delle cose – dagli autoveicoli senza guida umana, alle varie applicazioni dell'intelligenza artificiale – la cui soluzione sembra doversi affidare ad un'estensione della soggettività giuridica (alle macchine? agli algoritmi?). Ma delicati problemi di qualificazione sono occasionati anche dall'emergere di soggetti collettivi che sono privi di una precisa identificazione o delimitazione: le comunità, che non hanno la struttura e la forma delle associazioni e non sono persone giuridiche definite, o le soggettività collettive non ancora esistenti, il riferimento alle quali, anche in testi normativi, si fa sempre più ricorrente e sempre più importante (si pensi ai diritti delle generazioni future).

Cambiamenti importantissimi riguardano poi la stessa proprietà, di cui ormai da tempo si nega un nucleo duro – arrivandosi ad affermare che neppure lo *ius excludendi* sarebbe una caratteristica imprescindibile della proprietà¹⁹ – per non parlare della 'atecnicità' della nozione di proprietà correntemente applicata dalle corti sovranazionali, come la Corte di giustizia o la Corte di Strasburgo²⁰.

¹⁹ Cfr. M. FERRARI, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in «Rivista critica del diritto privato», 2016, p. 573.

²⁰ Si consenta il rinvio a M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in «Rivista critica del diritto privato», 4/2013, pp. 551-568; EAD., *Diritto di proprietà e CEDU fra realismo e ideologia*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Giuffrè, Milano 2017, I, p. 735.

Parlando di contratto è divenuto d'uso comune nella civilistica distinguere fra primo, secondo, terzo tipo di contratto, con ciò presupponendo che la trattazione di ciascuno di essi richieda l'applicazione di regole e principi diversi²¹. Sul fronte della responsabilità civile – che già tanti rivolgimenti ha subito particolarmente nel sistema italiano, connotato com'è dalla operatività di una categoria giuridica problematica come quella di danno non patrimoniale – l'estensione temporale inedita delle ipotesi di responsabilità occasionate dallo stoccaggio delle scorie nucleari, da disastri ambientali o da altre fonti di inquinamento ugualmente capaci di provocare danni a persone e cose per centinaia o migliaia di anni, propone spinose questioni legate sia alla distanza temporale che separa l'attività del danneggiante dall'esistenza del danneggiato, sia all'emergere di categorie di danneggiati – cioè a forme di soggettività – di difficile identificazione, come l'umanità, le generazioni future e così via.

In tutti gli esempi proposti fin qui, l'uso delle categorie civilistiche su cui forgiare le competenze di base del giurista sembrerebbe non poter essere disgiunto da una decostruzione/*restyling* delle categorie stesse. A meno di non voler proporre un insegnamento che rincorre un diritto che non c'è più.

3. *Il punto di vista dell'osservatore*

Una prima conclusione è allora la seguente. L'attuale complessità richiede un insegnamento che valorizzi la componente intellettuale del sapere giuridico. Davanti al complicarsi dei dati della realtà giuridica – un fatto, come si è detto, nuovo solo in parte – la formazione del giurista non può nutrirsi del feticismo delle categorie come se le operazioni del diritto fossero riducibili a operazioni di mera sussunzione. Né basta correggere il tiro dando conto del diritto vivente o della casistica come fattori altrettanto oggettivi e neutri. È invece necessario dar conto del ruolo dell'interprete – del ruolo della dottrina e della giurisprudenza – da un angolo visuale soggettivo, cioè come punto di vista dell'osservatore (interno al sistema)²². Diventa importante mettere in luce, *dichiarare* il punto di vista dell'osservatore, interrogare i criteri classificatori che utilizza facendo emergere il suo contributo intellettuale; dare conto della storicità dell'osservatore, ma

²¹ *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti, G. Villa, il Mulino, Bologna 2008.

²² Esplicito sul punto THOMAS, *Le sujet*, loc. cit. nt. 17 ripreso da ROCHFELD (in particolare nell'*Avant-propos*) che ne sottolinea il carattere strutturale rispetto a forma e funzionamento delle *grandes notions*. Sul concetto ritorna insistentemente anche Lipari nella prima parte del libro (LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit. nt. 7, pp. 5 ss.).

non solo: direi anche della sua stessa formazione, dei suoi gusti e delle sue aspirazioni. In questo senso, a partire cioè dall'angolo visuale soggettivo, andrebbe riconsiderato a mio avviso anche l'appello al diritto vivente e il modello irenico del 'dialogo fra le corti'. Mi sembra infatti opportuno – anche nell'ottica di una formazione adeguata ai tempi – che questo genere di 'fonti' sia riletto in chiave di 'punto di vista dell'osservatore'.

Il discorso investe il lavoro accademico ovviamente anche sul versante didattico e sotto un ulteriore aspetto.

All'oggettivo mutare di pelle – in qualche misura interno al rapporto fra costruzione intellettuale e realtà – di quelle nozioni che sono state tradizionalmente considerate fondamentali per la costruzione delle competenze di base del giurista, si accompagna un fattore che potremmo definire esogeno e riguarda la loro selezione: chi e come stabilisce quali siano le nozioni indispensabili per la costruzione delle competenze di base?

In questa prospettiva, a mio avviso, la stessa selezione dell'apparato concettuale ritenuto indispensabile nell'educazione giuridica cessa di presentarsi come un qualcosa di dato. Non si tratta di una scelta neutra, necessitata da esigenze obiettive (o scientifiche), ma piuttosto dovuta al punto di vista dell'osservatore. Faccio riferimento, in particolare, alla gerarchia che noi troviamo fra le categorie del diritto privato. Ad esempio, io ho studiato e studio da molti anni il diritto di famiglia eppure, quando ho tenuto corsi di diritto privato, non ho mai insegnato estesamente il diritto di famiglia, ma gli ho dedicato tutt'al più un paio di lezioni. Perché questa scelta? Perché è convinzione (o convenzione) largamente condivisa che il diritto di famiglia sia marginale e sia, invece, ben più formativo l'insegnamento delle strutture giuridiche del mercato, cioè del diritto patrimoniale, vale a dire proprietà, obbligazioni, contratto, responsabilità civile. Beh, insomma, questa è una vera e propria gerarchizzazione! E come ogni gerarchizzazione non è neutra. Dobbiamo, dunque, assumere come un dato il carattere non neutrale (non oggettivo o necessitato) di questa scelta anche sul piano, non certamente secondario, delle conseguenze sulla *legal education* e la formazione dei futuri giuristi.

Valga un esempio per tutti. Se prendiamo in considerazione il 'non mercato', con ciò intendendo quell'ampia area del diritto, non solo privato, su cui di recente hanno focalizzato la loro attenzione molti giuristi – da Rodotà²³ a Teubner²⁴ – dobbiamo preoccuparci di essere adeguatamente equipaggiati per analizzarlo e ricostruirlo in termini giuridicamente

²³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006.

²⁴ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, 2005.

appropriati. Parliamo di temi di fondamentale rilevanza anche pratica, dall'inizio e la fine della vita, alle molteplici espressioni di autodeterminazione che non hanno contenuto immediatamente patrimoniale²⁵. Ebbene: insegniamo le *competenze di base* per pensarlo? Ne siamo noi stessi dotati? E, ritornando a quei settori del diritto privato che non sono ritenuti tali da fornire gli strumenti essenziali della cassetta degli attrezzi del giurista, c'è da chiedersi: è giusto sottrarre all'orizzonte del giurista in formazione quella autentica 'fabbrica di soggettività' che sono la famiglia e la materia dei diritti della persona? Di fatto, questi sono temi tenuti tendenzialmente fuori dall'insegnamento delle competenze di base nelle aule dell'università. Si tratta di operazioni culturali ideologiche, che finiscono, peraltro, col celare lo stretto intreccio fra settori del diritto che è invece una costante della *law in action* (e qui si dovrebbe aprire il doloroso capitolo della parcellizzazione del sapere giuridico in compartimenti stagni affidati ai SSD, ma lo ricordo soltanto) e con l'occultare, anche al di là dell'intenzione – concediamolo! – dati di realtà. Per tornare alla marginalizzazione del diritto di famiglia sul piano didattico, si corre il rischio, ad esempio, di non cogliere come l'appartenenza ad una data famiglia sia divenuta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia una delle componenti che definiscono la libertà di circolazione della persona nello spazio UE, integrando dunque un elemento che ha diretta rilevanza nel mercato e nel diritto patrimoniale. Ma tanto dimostra una volta di più la non neutralità – la non 'scientificità' – delle scelte concernenti ciò che si ritiene fondamentale nella formazione del giurista. In particolare, della scelta, certamente motivata da ragioni storiche e sistematiche ormai superate, di porre al centro dell'insegnamento del diritto (privato), il diritto del mercato²⁶.

4. *La ricetta della professionalizzazione*

I difetti derivanti dal carattere ideologico di questa impostazione sono oggi approfonditi da altri fattori.

Come sappiamo, il diritto non gode di grande fama e fortuna in questo

²⁵ Un chiaro esempio è costituito dal rebus messo sul tappeto dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale promossa dalla Corte di Appello di Bari il 6 febbraio 2018, ove la libertà contrattuale è coniugata all'autodeterminazione in ambito sessuale, quest'ultima visibilmente carente di uno strumentario giuridico idoneo ad articolarla, in particolare nei rapporti interprivati.

²⁶ Su ciò rinvio alle riflessioni di Stefano Rodotà, che oggi possono leggersi in S. RODOTÀ, *Critica del diritto privato*, a cura di G. Alpa e M.R. Marella, Jovene, Napoli 2017.

momento storico. Su vari piani: fra questi, quello dell'educazione universitaria. Non solo il drastico ridimensionamento del numero degli studenti di giurisprudenza ce lo dice. Lo abbiamo tutti noi constatato quando abbiamo cercato – per lo più senza successo – di scrivere un Prin. Ci siamo accorti in quel momento che il diritto – in base alla topografia dei settori ERC – non è più una disciplina autonoma sul piano della ricerca scientifica finanziabile. Colpa anche del ceto dei giuristi, che raramente ha presa – e fa 'divulgazione scientifica' – rispetto a materie di grande rilevanza sociale, come ad es. la persona e la famiglia, che definivo prima 'fabbriche di soggettività', e che divengono appannaggio, di fronte all'opinione pubblica, della sociologia, dell'economia o di altre discipline che si presentano maggiormente in grado di fornire risposte soddisfacenti e/o offrono l'immagine di una *expertise* meglio attrezzata (e forse più 'carismatica').

Credo che la funzione e il ruolo che il diritto e, soprattutto, i giuristi hanno nell'immaginario collettivo (e in quello della burocrazia europea) dovrebbero essere tenuti ben presenti quando si affronta il tema della crisi dei corsi di giurisprudenza. Non in cerca di qualche trovata *fancy* che renda più attraenti i dipartimenti di diritto, ma per andare alle radici del fenomeno. Purtroppo invece la risposta a questo ordine di problemi – che ruota intorno alla crisi di 'popolarità' della giurisprudenza – è tendenzialmente quella di proporre un modello di formazione 'professionalizzante' che poi significa, nella sostanza, aumentare il numero delle norme di legge che lo studente deve conoscere. Un modello che si risolve nell'impartire insegnamenti volti a promuovere una conoscenza settoriale, focalizzata su parti specifiche della legislazione, e per lo più radicata nel sistema nazionale.

Ma – ripeto cose largamente note e persino scontate – il modello professionalizzante deve poi ineludibilmente rispondere alla domanda: quale professione? E qui l'errore strategico risulta evidente. Se da una parte, infatti, si allarga e si diversifica molto il ventaglio delle prospettive lavorative per il giurista rispetto alle professioni forensi tradizionali, dall'altra si accentua anche molto il carattere precario degli impieghi lavorativi. In questo quadro sarebbe allora più indicata una preparazione più generale, meno settoriale possibile. Una preparazione, in altri termini, che consenta al giurista di adattare il proprio bagaglio a richieste di *expertise* le più diverse, provenienti dai settori lavorativi più vari e che, soprattutto, garantisca un adeguato grado di intelligenza del reale, quale che sia l'angolo visuale proprio del singolo ambito professionale.

Come ha di recente osservato un grande Maestro, la professionalizzazione nell'insegnamento della giurisprudenza non sembra offrire soluzioni ai problemi prospettati «non soltanto in ragione del fatto che soltanto

una porzione molto minoritaria dei laureati si dedica alle professioni di magistrato, notaio, avvocato, ma anche perché la vocazione dell'università rimane quella della formazione scientifica e della trasmissione di un metodo di apprendimento e di un *corpus* di conoscenze che sono qualcosa di diverso e più complesso di un *savoir faire* professionale, per quanto degno ed elevato»²⁷.

D'altra parte, l'articolarsi o il frammentarsi di contenuti interno alle *grandes notions* – cui prima accennavo – rende meno semplice l'operazione di classificazione dei fatti giuridicamente rilevanti e più urgente e importante il filtro sapienziale; dunque la capacità di analisi piuttosto che la quantità dei dati immagazzinati.

Invece l'effetto combinato di formazione professionalizzante e frammentazione delle categorie di riferimento rischia di far perdere la visione d'insieme, e con essa la capacità di comprendere e aver presa sulla realtà, fornendo risposte adeguate ai nuovi problemi che si affacciano. Quest'ordine di esigenze, corrispondenti tutto sommato al ruolo base del giurista nella società, non può essere soddisfatto con un sovrappiù di professionalizzazione e con una riduzione del sapere giuridico a pura tecnica.

Il focus sulla tecnica – notava tanti anni fa un giovane statunitense iscritto alla Yale Law School - induce lo studente ad apprendere un gran numero di concetti senza coglierne lo spessore, restando in superficie, ed è in questa maniera, cioè in maniera superficiale, che continuerà ad usarli nella sua vita professionale, con effetti determinanti – positivi o negativi che siano – sulla vita di persone che dipenderanno totalmente dalla sua *expertise*²⁸. In questo senso è significativo che i fautori della tecnica neghino rilevanza proprio a ciò che rende il diritto affascinante e gli garantisce gran parte del suo potere, ossia la sua dimensione filosofica, morale, intellettuale²⁹, cioè tutto quanto ne fa qualcosa di non riducibile a «a set of 'neutral' techniques»³⁰. Occorre al contrario valorizzare la vocazione intellettuale del diritto, tenere aperta la comunicazione con le altre discipline, coltivare orizzonti culturali più ampi a cominciare dalle aule universitarie.

²⁷ Così Pietro Rescigno in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 195 ss.

²⁸ Così DU. KENNEDY, *How the Law School Fails: A Polemic*, in «Yale L. Rev. of Law and Social Action», 71.1 (1970), p. 77.

²⁹ Ancora KENNEDY, *How the Law School Fails*, cit. nt. 28, p. 76. Per una discussione sugli effetti della *legal education* sul modello di *lawyering* dominante, e la sua relativa inconsapevolezza circa l'impatto del proprio operare in termini di distribuzione di potere nella società cfr. sempre Duncan Kennedy in G.J. CLARK, *A Conversation with Duncan Kennedy, The Advocate*, in «The Suffolk University Law School Journal», 24.2 (1994).

³⁰ KENNEDY, *How the Law School Fails*, cit. nt. 28, p. 83.

Mi sembra questo il modo più promettente, forse l'unico adeguato, di rispondere a una crisi che investe non solo i corsi di giurisprudenza ma, com'è ovvio, il ruolo stesso del giurista nella società³¹.

5. *Un modello differente*

Una risposta molto interessante in questa direzione è suggerita dal modello di formazione adottato dalla *École de droit* di *SciencesPo*, a Parigi³². Il progetto di *Sciences Po* muove dalla consapevolezza dell'eterogeneità delle professioni legali (per rimanere all'avvocatura: cos'ha in comune l'avvocato francese divorzista che esercita per suo conto con il collega della filiale parigina di una grande *law firm* che usa solo l'inglese e lavora sulle fusioni societarie?) ed è finalizzato alla creazione di un tipo di giurista critico, cioè attento alle contraddizioni più che alla coerenza del diritto, capace di muoversi in un contesto globale, attrezzato sul piano intellettuale e ugualmente in grado di rispondere ai bisogni della pratica e alle esigenze dell'innovazione³³. A tal fine il modello pedagogico di *Sciences Po* mette insieme due prospettive in teoria totalmente divergenti. Da una parte valorizza e porta alle estreme conseguenze l'insegnamento pratico del diritto, il *learning by doing*, affidando un ruolo molto importante nella formazione del giurista all'insegnamento clinico, quello impartito, cioè, nelle cliniche legali. Dall'altra parte, però, la componente intellettuale del diritto è anch'essa enfatizzata, giacché molto spazio è riservato al dialogo con altre discipline, come l'economia e le scienze sociali, in particolare, secondo un modello di giurista scienziato sociale a tutto tondo.

Queste due diverse facce del mestiere di giurista, messe insieme, danno luogo a un esperimento piuttosto affascinante, poiché, da un lato, con le cliniche legali si mettono gli studenti a contatto con quella che è la vera *law in action*, che ha a che vedere con l'effettiva trasversalità delle questioni giuridiche, con il loro presentarsi in concreto come 'naturalmente' multidisciplinari, in quanto intersecano diversi settori del diritto³⁴, svelando

³¹ Tema su cui possono leggersi le meditate pagine di Stefano Rodotà in RODOTÀ, *Critica del diritto privato*, cit. nt. 26, passim.

³² C. JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Lextenso éditions, Paris 2012.

³³ Cfr. JAMIN, *La cuisine du droit*, cit. nt. 32, pp. 163 ss.

³⁴ Si pensi ad es. alle questioni ambientali che facilmente involgono profili di diritto civile, di diritto amministrativo, di diritto internazionale, e magari anche di diritto costituzionale e di diritto penale.

così la realtà con cui il giurista è destinato a confrontarsi. E mettendolo di fronte alla propria responsabilità nei confronti della società sin dalla fase della sua formazione. D'altro canto, l'incontro con discipline extragiuridiche veicola una diversa consapevolezza circa il ruolo del diritto quale fattore di mediazione e filtro di valori, ideologie, e conflitti che pure le altre scienze umane, ciascuna coi propri canoni e la propria metodologia, concorrono a analizzare e interpretare³⁵. L'obiettivo di fondo di studi giuridici così strutturati è non ridurre il diritto ad un insegnamento meramente tecnico o dogmatico, ed offrire piuttosto una vasta gamma di strumenti per la comprensione del mondo, «un sapere governamentale sofisticato e preciso, una grammatica elaborata per l'azione collettiva, un legame profondo con le *humanities*»³⁶.

Un approccio che in definitiva sarebbe interessante sperimentare anche in Italia al fine di rinnovare i presupposti stessi della *legal education* nostrana, oggi costretta alla mediazione impossibile fra la rigidità dei SSD e la promiscuità spinta delle classificazioni ERC, mentre ancora stanchi cantori del metodo assiomatico-deduttivo si aggirano per le nostre aule universitarie.

Del resto la cultura giuridica italiana, forse più di quella francese, è tale da offrire solide basi ad un rinnovamento profondo dell'insegnamento del diritto. E non va sottaciuto come alcuni tratti del progetto di *Sciences Po* si ritrovino nell'approccio all'insegnamento di alcuni fra i docenti più carismatici della nostra tradizione recente: così è per l'idea di un metodo 'positivo' comunque aperto ad altre forme di normatività, come per la problematizzazione della stessa normatività giuridica sul presupposto del carattere compromissorio di ogni norma³⁷. Una riflessione collettiva sulla didattica, come quella promossa in questo convegno, può dunque giovare di una ricca genealogia critica e sarebbe un peccato capitale disperdere quest'eredità preziosa abbandonando il campo a opache direttive ministeriali.

6. *Alla scoperta di come davvero il diritto funziona*

In ultima analisi, a cosa porta un adeguato mix di sensibilità pratica, expertise tecnica e sofisticazione intellettuale del tipo di quello sperimentato dalla Scuola di Diritto di *SciencesPo*? Io penso che esso serva, banalmente, a insegnare come veramente funziona il diritto. Il diritto – come

³⁵ Per una discussione di questi profili, cfr. M. XIFARAS, *Ce que l'Ecole de droit de Sciences Po n'est pas*, in «Grief. Revue sur les mondes du droit», 1 (2014), pp. 32 ss.

³⁶ XIFARAS, *Ce que l'Ecole*, cit. nt. 35, p. 36.

³⁷ In tal senso RESCIGNO, in *Diritto privato. Una conversazione*, cit. nt. 27, p. 143.

dice Duncan Kennedy, un Maestro che ha molto influenzato il mio modo di vedere – è un insieme di *groundrules*, cioè di regole di base che amministrano, e prima ancora strutturano e condizionano i rapporti tra gruppi sociali: tra uomini e donne, tra migranti e stanziali, fra eterosessuali e non-eterosessuali, fra classi sociali e fra portatori di opposti interessi. E attraverso le sue regole il diritto distribuisce potere economico, sociale, simbolico in ciò attribuendo a ciascuno il potere, piccolo o grande, di negoziare le proprie posizioni nella società e nel mercato. I conflitti che innervano la società si sviluppano e si dirimono appunto attraverso la negoziazione fra i gruppi sociali all’ombra del diritto³⁸.

Ciò che è allora veramente importante nella formazione del giurista è rendere possibile la comprensione dei meccanismi attraverso cui il diritto davvero funziona, attraverso cui, cioè, svolge il suo ruolo strutturale rispetto ai conflitti sociali che amministra³⁹. Ma per giungere a questo risultato la sola tecnica giuridica non è certamente sufficiente. Servono anche adeguati strumenti di analisi che consentano di volta in volta di valutare la posta in gioco e gli effetti redistributivi delle possibili soluzioni.

Puntare su questo non vuol dire ‘politicizzare’ i corsi istituzionali di diritto – accusa della quale è sempre bene, peraltro, diffidare – ma significa invece introdurre gli studenti al funzionamento concreto del diritto, mostrando la tendenziale neutralità delle sue forme e l’apertura a esiti distributivi – cioè politici – diversi. Se infatti le forme giuridiche sono (relativamente) neutre⁴⁰, per ciò stesso possono essere piegate a obiettivi diversi e dar luogo a assetti diversi di distribuzione del potere: qui torna in gioco il punto di vista soggettivo dell’osservatore (e la sua capacità di svelare il carattere soggettivo della scelta del decisore).

Queste riflessioni sparse riportano infine a quanto insegna Foucault, e in chiusura mi pare importante ricordarlo: *il sapere non è fatto per comprendere, è fatto per prendere posizione*⁴¹. Ebbene il giurista prende posizione di continuo. Prende posizione quando nega o afferma l’esistenza di un diritto all’abitazione, prende posizione nel modo in cui intende la proprietà, nel

³⁸ R. MNOOKIN & L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce*, in «Yale Law Journal», 88 (1979), p. 997.

³⁹ Per un esempio concreto di questo metodo di insegnamento applicato ad un *torts course* – uno degli insegnamenti fondamentali del primo anno nelle *law schools* statunitensi – si veda l’intervista a Duncan Kennedy dianzi citata (CLARK, *A Conversation*, cit. nt. 29, pp. 60 ss.).

⁴⁰ Su questo punto la discussione meriterebbe ben altro spazio e profondità. Cfr. G. AMENDOLA, *The Abolition of Law or Law of the Common(s)? Pashukanis and the Revolution*, in «South Atlantic Quarterly», 115 (2017).

⁴¹ M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in *Il discorso, la storia, la verità*, Einaudi, Torino 2001, p. 55.

definire la portata al *best interest of the child*, o della buona fede nel contratto, nel modo in cui ritiene si debbano quantificare i danni. E sarebbe insopportabilmente *outdated* pretendere di occultare tutto questo dietro il paravento della tecnica, ossia presentando una certa soluzione giuridica come data, perché semplicemente logica o necessaria.

E allora quello che come formatori dovremmo fare è proprio fornire gli strumenti per poter prendere posizione consapevolmente. Io penso che su questo crinale si trovi anche il corretto punto d'incontro fra pratica e teoria, fra dimensione culturale e sostanza tecnica del diritto.