

## L'occhio, che tutto vede...\*

Rainer Maria Kiesow

... si spegne (*erlischt*). Un'asserzione drammatica, ma certamente appropriata alla condizione in cui versavano gli studiosi cent'anni or sono – da molto tempo, ormai, scienza non significava più contemplazione bensì lavoro quotidiano. Giungeva allora a compimento, seppure in modo non definitivo, uno sviluppo discontinuo, iniziato più di un secolo prima, che induceva già i contemporanei a parlare della propria epoca, il diciannovesimo secolo dopo Cristo, come di quella delle scienze naturali.

Verso il 1800 aveva cominciato a prendere forma il sogno del totale possesso del mondo. Lo spazio terrestre era stato misurato in pressochè tutta la sua estensione ma intanto i suoi segmenti contigui, superiori e inferiori oltrepassavano la portata di una sola mente e anche di diversi libri. L'Enciclopedia non fu più in grado di contenere il mondo conosciuto. E chi poteva immaginare che cosa si sarebbe ancora scoperto?

Si affermò una nuova strategia quando Jean-Baptiste de Lamarck si dedicò allo studio dei fossili e si accorse che l'umanità aveva tempo – ed ereditava. Era il tempo a presiedere all'evoluzione e tale processo si verificava senza un piano prestabilito. La moderna visione del mondo elaborata dalle scienze naturali, che risultava pertanto da una combinazione di spazio e di tempo, riuscì a «combinare» con il presente tangibile entità lontane e distanti, anche irraggiungibili.

Parve così divenire realtà un progetto che era stato «poetizzato» pochi anni prima, nel decennio tra Robespierre e Napoleone, dallo scienziato, filosofo, esperto di scienza mineraria e giurista G.P.F. von Hardenberg, che si serviva dello pseudonimo di Novalis. Mantenere unito il mondo nella sua totalità, eliminare le distinzioni che

\* In una redazione parzialmente diversa, questo saggio è stato pubblicato in «Rechtshistorisches Journal», 14, 1995, pp. 399-407, col titolo *Das Auge, das alles sieht...* Traduzione di Anna Maria Pisapia.

venivano profilandosi tra le scienze: era questo il programma della «scienza totale», come la chiamava Novalis.

La moderna visione del mondo propugnata dalle scienze naturali, che con l'ausilio del tempo era subentrata al metodo, obsoleto e sterile, di raccogliere e ordinare, elesse come nuovo dio il fare – ed il futuro.

Poesia e scienza avrebbero dovuto essere gli artefici di una nuova epoca enciclopedica, completamente distinta da quella precedente. La perfettibilità fu il motore della scienza e dello spirito moderno. Tuttavia, lo «spegnimento» era già presagibile: si pensi soltanto al progetto della «poetizzazione delle scienze» esposto da Novalis, il confusionario obnubilato di «polline», nei frammenti dell'*Allgemeines Brouillon*.

Ma non siamo ancora giunti ad un tal punto: bisognerà attendere altri cinquant'anni perchè si manifesti la radicalizzazione di questa fase iniziale. Savigny continuò ad avvalersi di eredità – romane questa volta – per creare il diritto attuale: in ciò risiede l'enigma, a tutt'oggi irrisolto, del fatto che il ministro prussiano decise di dedicarsi ad un esame storico del diritto – e fino al 1835 Eduard Gans considerò «il diritto ereditario (persino quello) nella sua evoluzione storica universale». Poi venne Darwin e demolì ogni eredità, le qualità acquisite di Lamarck e le catastrofi di Cuvier: l'universo ne risultò trasformato, divenendo il campo da gioco in cui agivano variazione, mutazione e selezione. La nuova teoria dell'evoluzione, che riusciva a dare ragione di ogni cosa combinando condizione e caso, esercitò una immensa forza di attrazione su tutte le scienze e le altre arti. Così, mentre scioccava e ad un tempo affascinava la sostituzione di Dio con la scimmia, sembrò che il mondo potesse venire posseduto e compreso nei suoi fondamenti. Anche il sogno di Novalis, secondo cui «si deve potere presentare la verità ovunque – ovunque rappresentarla (in senso fattivo, produttivo)», parve realizzabile. Ormai, poichè nemmeno la natura era *naturale, eterna e necessaria*, la celebre critica di Kirchmann si dimostrò infondata.

Soltanto pochi anni dopo che Darwin aveva scoperto le leggi che presiedono all'evoluzione del mondo, un certo Albert Hermann Post, di professione giudice a Brema, intraprese una lunga strada nel campo del diritto. Scrisse libri come non se ne erano mai potuti leggere prima. Certo, già all'inizio del secolo vi erano stati altri che avevano sollecitato la trasformazione della scienza del diritto in una scienza della natura, come Warnkönig, o che, a metà del secolo, ne avevano affermato l'impossibilità, come Kirchmann, e, ancora in seguito, alcuni che, come Kuntze, avevano già visto profilarsi all'orizzonte il momento del passaggio ad una moderna «biologia del

diritto». Senonchè, nessuna di queste menti dotate di una tale sensibilità per la nuova religione secolare realizzò un'opera che si occupasse quasi esclusivamente della «legge naturale del diritto».

Tra il 1866 e il 1894, in più di una dozzina di spessi volumi, Post tentò di indagare le leggi secondo cui si sviluppano i diritti del mondo, creando così quello che altri prima di lui avevano al massimo abbozzato: la scienza naturale del diritto. Riuscì nella sua impresa? Una domanda che pecca di ignoranza! E tuttavia proprio all'eccessiva sollecitudine con cui si è risposto negativamente a tale domanda si può imputare la causa dell'oblio in cui è rimasto fino ai nostri giorni Post, se si prescinde da osservazioni piuttosto marginali di Wesel e Wieacker.

Svanì in impressionistica positività una speranza: quella di rappresentare l'evoluzione del mondo come un processo prevedibile e benefico, una volta scoperte le leggi a cui, al di là di ogni differenza, proprio questo mondo, anche quello del diritto, soggiace. La totalità del mondo si frantumò a causa della promulgazione delle leggi e delle elaborazioni e modifiche a cui esse venivano continuamente sottoposte, non più riconducibili ad un elemento esterno e – sia pure altre leggi, leggi di natura – ad un'origine, una meccanica viva o morta. Essendo stato abbandonato a se stesso, il mondo finì per perdere il proprio fondamento di validità esterno nei confronti delle leggi e del loro osservatore esterno. Per quanto avesse soggiogato *varietas e mutatio*, nemmeno la teoria dell'evoluzione fu più in grado di impedire l'*horror contingentiae* reso così evidente dalla promulgazione delle leggi e che si era cercato di evitare proprio con la legalità (e il diritto). Le leggi non obbedivano più a leggi ma a se stesse. Non fu più possibile esternare sicurezza e fiducia. Dal momento che le leggi venivano modificate quotidianamente era pressochè impossibile conoscerle. Il mondo delle leggi aveva perso ogni controllo. L'occhio che ancora desiderava vedere tutto, e che a questo scopo aveva finito per interiorizzare persino il rischio rappresentato dal caso, si infranse.

Come l'impressionismo significò la fine della storia dell'arte quale rassicurante canone delle possibili visioni, così la nascita della legge positiva moderna, culminata nella creazione del Codice civile che da allora è stato modificato centoventidue volte, segnò la fine della storia del diritto intesa come scienza che provvede il presente di una «sicurezza di funzionamento» giuridica.

Questo processo compiutosi nella seconda metà del secolo scorso ha seriamente pregiudicato le possibilità di conoscenza. Il rasoio di Ockham è stato spinto sempre più in profondità, fino a ferire. Già nel 1956 affermare, come fece Dürrenmatt, che «Nel pensiero si manifesta la causalità esistente dietro a tutte le cose, nella visione

la libertà esistente dietro a tutte le cose. Nella scienza si mostra l'unità, nell'arte la molteplicità dell'enigma che chiamiamo mondo» significava considerare la capacità visiva umana in modo troppo ottimistico. In campo teoretico già i filosofi analisti rilevarono che come tra le prerogative della scienza vi è quella di abbozzare, tra quelle dell'arte vi è quella di chiarificare. Da molto tempo la fantasia e la poesia sono penetrate nel regno della ragione e vi hanno occupato, come elementi costruttivi, il posto della causalità. Una considerazione che potrebbe essere sottoscritta anche dai giuristi se essi, per esempio, sopportassero la vista dell'amorfismo delle loro teorie sull'imputabilità. Ad ogni modo, nel diritto di responsabilità sul prodotto e, precipuamente, in quello di responsabilità ambientale, il nesso di causalità tra azione individuale e danno è stato reciso già più volte, sicchè riesce difficile sottrarsi all'impressione che il diritto – sia pure sotto la forma di pacificatore, «assicuratore di aspettative», programmatore, pilota o agente della proprietà – stia scomparendo lentamente: da parecchio tempo, ormai, esso ha smarrito il suo contenuto enfatico.

Al diritto è subentrato – se si prescinde da una promettente gestione dei rischi – il sano intelletto umano, di cui stiamo vivendo l'apoteosi in un'epoca dove soltanto l'insicurezza sembra essere sicura. Quel residuo di razionalità nel quale l'occidente civilizzato cerca di racchiudere il mondo sortisce un effetto sempre più ridicolo, e non solo tra le voragini dei Balcani, dove le aporie del diritto internazionale saltano all'occhio, un occhio che già da molto non vede più ogni cosa. Dovremmo allora rinunciare a ciò che rimane del vecchio cacciafantasmi, il *bon sens*, e come gli studenti parigini del Maggio chiedere *L'imagination au pouvoir*?

La scienza, la scienza giuridica, la scienza storica – sono ancora possibili oggi, nel *world wide web*? Oppure, dopo che l'arte ha flirtato con la scienza e la poesia con la storiografia, dovremmo gridare *anything goes*? L'attitudine a ripetere di continuo questa formula non contribuisce certo a chiarire la presunta analisi. Bisogna invece distinguere tra descrizione e possibilità, scelta a piacimento e contingenza, azione e osservazione. Se dunque si compie uno sforzo di precisione dal punto di vista categoriale, si giunge tutt'al più a *anything could happen*. Chi sarebbe disposto a contestare una siffatta asserzione? Orbene, chiunque cercasse un appoggio, nel diritto e altrove – dunque quasi tutti. E così, dopo che l'occhio che tutto vede si era spento, cominciò, con l'entrata in vigore del Codice civile, una nuova storia dell'occhio onniveggente.

Il primo gennaio 1900 fu indetto un concorso a premi dalla ditta Krupp. Vennero messi in palio trentamila marchi per risolvere la

seguinte questione: «Che cosa apprendiamo dai principi della teoria della discendenza in riferimento all'evoluzione politica interna e alla legislazione degli stati?» Delle sessanta trattazioni pervenute fino al primo dicembre 1902 furono premiati otto lavori che è ora possibile consultare nella collana *Natur und Staat*. Il primo premio fu vinto da Wilhelm Schallmayer per lo scritto *Vererbung und Auslese. Grundriß der Gesellschaftsbiologie und der Lehre vom Rassedienst*. Cominciò allora ad affermarsi un'idea che nel diciannovesimo secolo era stata completamente estranea a giuristi e sociologi influenzati dalle scienze naturali. L'evoluzione, se non doveva risolversi in una antiquata e buffonesca addizione, implicava non solo decadenza e degenerazione, ma anche diramazioni e deviazioni, rami secchi, morenti. Allora perchè non prestare aiuto, perchè non contribuire ad accelerare il cammino verso la felicità, pulire, praticare igiene dunque, per unificare ciò che è buono, forte e bello? La ricerca di sicurezza non fu più soddisfatta ricorrendo ad una «metafisica» dotta e astratta, bensì agendo e producendo. Era quello il momento in cui la totalità, motivata dal punto di vista delle scienze naturali, doveva rivelare la propria efficacia, e farlo prontamente; quanto alle leggi, non si voleva in nessun caso attendere la «validità silenziosa», ma piuttosto applicarle.

L'ulteriore cammino intrapreso da questo filone di pensiero è noto. «Il corso della storia è un incendio» – annotava Novalis. Tale pensiero, poichè tutto ha a che fare con tutto, aveva preso le mosse dall'idea di potere vedere ogni cosa, dalla nozione di totalità. Tra l'asserire la totale comprensibilità del mondo e l'effettivo rappresentarlo nella sua totalità, il cammino è breve. È la stessa differenza che intercorre fra osservazione ed affermazione – anche per questo è assurdo scorgere nel fascismo l'opera del nichilismo. Forse è proprio qui che risiede la distinzione tra il melancolico e il sanguinario. Questo, comunque, costituisce l'elemento discriminante tra la mia enunciazione iniziale e quella, finale, di Luhmann: «L'occhio, che tutto vede, spegne (*erlöscht*)».

#### Nota bibliografica

L'asserzione di Luhmann si trova alla conclusione di N. LUHMANN, *Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtssprechung*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 12, 1990, pp. 1-13.

Su *Poesia/Poesia* della *Sattelzeit* (R. Koselleck) e sulla penetrazione dell'evoluzione e della storia nella storia delle «scienze della natura» e delle «scienze dello spirito» del diciannovesimo secolo esiste una vastissima letteratura. Per la scienza letteraria si veda soltanto K. BARCK, *Poesie und Imagination. Studien zu ihrer Reflexionsgeschichte zwischen Aufklärung und Moderne*, Stuttgart-Weimar 1993; T.

ZIOLKOWSKI, *German Romanticism and Its Institutions*, Princeton University Press, New Jersey 1990 (edizione tedesca: *Das Amt der Poeten. Die deutsche Romantik und ihre Institutionen*, München 1994); S. VIETTA, *Die literarische Moderne. Ein problemgeschichtliche Darstellung der deutschsprachigen Literatur von Hölderlin bis Thomas Bernhard*, Stuttgart 1992. Sulla sociologia e la storia della scienza si possono consultare i saggi ormai classici di W. LEPENIES in *Das Ende der Naturgeschichte. Wandel kultureller Selbstverständlichkeiten in den Wissenschaften des 18. und 19. Jahrhunderts*, München-Wien 1976 (trad. it. *La fine della storia naturale. La trasformazione di forme di cultura nelle scienze del XVIII e XIX secolo*, Bologna 1991); *Die drei Kulturen. Soziologie zwischen Literatur und Wissenschaft*, München-Wien 1985 (trad. it. *Le tre culture. Sociologia tra letteratura e scienza*, Bologna 1987); ma anche N. LUHMANN, *Über Natur*, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, IV, Frankfurt am Main 1995, pp. 9-30. Quanto alla filosofia, rinvio a due libri particolarmente stimolanti di H. BLUMENBERG, *Die Lesbarkeit der Welt*, Frankfurt am Main 1983<sup>2</sup> (trad. it. *La leggibilità del mondo. Il libro come metafora della natura*, Bologna 1987) e *Lebenszeit und Weltzeit*, Frankfurt am Main 1986 (trad. it. *Tempo della vita e tempo del mondo*, Bologna 1996).

La prospettiva che si è delineata in questo saggio è stata finora trascurata dalla storia del diritto. Attualmente, comunque, è possibile farsi un'idea delle opportunità e dei pericoli che implica un approccio «poetico» alla scienza storica del diritto: D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Frankfurt am Main 1994 (su cui si veda anche l'analisi compiuta da O. BEAUD in «Rechtshistorisches Journal», 14, 1995, pp. 108 ss.). Per i rapporti tra scienza (della natura), positività e contingenza del diritto e Albert Hermann Post rinvio a R.M. KIESOW, *Das Naturgesetz des Rechts. Zum Versuch einer naturwissenschaftlichen Jurisprudenz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (in corso di stampa).

La fine della storia è stata proclamata da F. FUKUYAMA nel suo articolo *The End of the History?*, in «National Interest», 16, 1989, pp. 3-18. Dello stesso autore è stato pubblicato il libro *The End of the History and the Last Man*, New York 1992 (trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano 1992). Su storia e fine della storia si veda L. NIETHAMMER, *Posthistoire. Ist die Geschichte zu Ende?*, Reinbek bei Hamburg 1989; R. ROTERMUNDT, *Jedes Ende ist ein Anfang. Auffassungen von Ende der Geschichte*, Darmstadt 1994. Storia, diritto e genere umano non sono i soli ad essere interessati dalla dissoluzione dei canoni prestabiliti e delle aspettative: siffatte considerazioni si trovano in H. BELTING, *Das Ende der Kunstgeschichte. Eine Revision nach zehn Jahren*, München 1995. Tutto questo può essere esaminato da una prospettiva completamente diversa, per esempio prendendo le mosse dall'Est: *Rückkehr der Geschichte*, contenuto nel secondo fascicolo di «Transit. Europäische Revue», 1991; oppure muovendo da Parigi: J. BAUDRILLARD, *Die Rückwendung der Geschichte*, in «Lettre International», 24, 1994, pp. 13-16.

Per quanto riguarda la «crisi del Diritto» si rinvia qui a due lavori, il primo dei quali proveniente non a caso dagli Stati Uniti: A.T. KRONMAN, *The Last Lawyer. Failing Ideas of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts 1995<sup>2</sup>; anche la provenienza del secondo non è casuale: si tratta del filone della «causalità»: G. TEURNER, *Die unsichtbare «Cupola»: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*, in W. LÜBBE (ed.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin-New York, 1994, pp. 9-143.

Una volta Friedrich Nietzsche scrisse: «L'umanità ha bisogno di un nuovo scopo». A questo proposito H. MÜLLER, in «Lettre International», 24, 1994, p. 4 afferma: «Se non si individua tale scopo, si propagherà la situazione jugoslava». Attualmente questa sfida è stata raccolta dalla fondazione Bertelsmann nell'ambito di un

nuovo progetto di ricerca, dal titolo *Geistige Orientierung*, di cui compare ora il primo frutto: P.L. BERGER-T. LUCKMANN, *Modernität, Pluralismus und Sinnkrise. Die Orientierung des modernen Menschen*, Gütersloh 1995. Su *anything goes* si vedano ancora le acute osservazioni di Y. ELKANA in *Antropologie der Erkenntnis. Die Entwicklung des Wissens als episches Theater einer listigen Vernunft*, Frankfurt am Main 1986 (trad. it. *Antropologia della conoscenza*, Bari 1989).

Sul concorso a premi indetto dalla ditta F.A. Krupp si possono reperire informazioni nella *Einleitung zu dem Sammelwerke Natur und Staat, Beiträge zur naturwissenschaftlichen Gesellschaftslehre*, Jena 1903, di H.E. ZIEGLER. Nella prefazione alla terza edizione di *Vererbung und Auslese. Grundriß der Gesellschaftsbiologie und der Lehre vom Rassedienst*, Jena 1918 (*Natur und Staat*, terza parte) W. SCHALLMAYER descrive l'accoglienza ricevuta sia dall'opera collettiva che dal suo stesso contributo.

Al melancolico si consiglia di leggere W. LEPENIES, *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1969 (trad. it. *Melancholia e società*, Napoli 1985); dello stesso autore, *Aufstieg und Fall der Intellektuellen in Europa*, Frankfurt am Main-New York 1992 (trad. it. *Ascesa e declino degli intellettuali in Europa*, Bari 1992).

Sulla regola di *erlischt/erlöscht* ancora un'ultima osservazione di A. KLUGE, (tratta da un colloquio con Heiner Müller sulla morte di Seneca in *Ich schulde der Welt einen Toten*», Hamburg 1995, p. 19: «Quelle di Cicerone erano chiacchiere preziose, ma ai suoi tempi era ancora rispettata la grammatica? Tacito di certo non la usa. La sostanza sostituisce la grammatica».