

Il mantello della giurisprudenza*

Dieter Simon

I. All'inizio era tutto facile. Fino al pieno diciottesimo secolo, tra i responsabili dominava l'opinione che il diritto fosse un prodotto della legge e che entrambi – diritto e legge – fossero nati nella testa del legislatore e quindi «dati». L'occuparsi professionalmente del diritto si chiamava *giurisprudenza*; era considerata un'arte (che richiedeva saggezza) ed era praticata da «conoscitori» esperti della materia.

Alla fine dello stesso diciottesimo secolo, tutto questo era però diventato inaccettabile. La giurisprudenza doveva seguire la tendenza del tempo verso la scienza, si comportò filosoficamente e acquisì una nuova mantellina: si chiamò scienza giuridica, per significare che da allora in poi bisognava farla finita con la semplice esegesi artigianale e con l'allegazione.

Il collegamento, che nei tempi a seguire anche le altre grandi tradizionali discipline come la medicina, la teologia (!) e infine anche la filosofia dovevano cercare, questo collegamento fu raggiunto relativamente presto.

II. Il mantello scientifico ha tenuto per quasi due secoli. Solo negli anni settanta di questo ventesimo secolo ebbe inizio una disputa accademica – talvolta molto aspra – sul problema, se la scienza giuridica fosse effettivamente una scienza. Gli oppositori della giurisprudenza come scienza (per la maggior parte proprio giuristi) controllarono la dottrina specializzata dei giuristi, la dogmatica giuridica. Stabilirono che non si trattava né di un sapere derivato

* Lezione dottorale tenuta in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* in Lettere moderne presso l'Università degli Studi di Bologna, il 6 novembre 1998. Traduzione di Angela De Benedictis.

da premesse inoppugnabili, completo e ordinato sistematicamente, né di principi che fossero esposti con pretesa di conoscenza e pathos di verità. Piuttosto: cosiddetti «principi» (non sempre tra loro conciliabili e in una gerarchia inesplicabile), «regole prudenziali» del tipo saggezza contadina, «conclusioni» giuridiche la cui logica ricostruibilità copre le loro basi di valore (secondo il modello «ciò che è già proibito agli adulti, meno che mai è consentito al bambino»), «riflessioni» e «considerazioni» di ogni tipo ad evidente basso grado di stringenza e limitata capacità di generalizzazione.

I difensori della «scienza» non poterono e non vollero veramente contraddire queste decisioni. Essi però insistettero sul fatto che le operazioni delle quali si servivano per costruire i loro principi erano riconosciute fin da età lontane come ragionevoli, e che l'uso che essi facevano del loro sapere non aveva nulla da temere davanti al foro della razionalità.

Ed infine, non vi era alcun motivo per concepire la razionalità in maniera talmente rigida che potesse essere considerata come scienza solo una attività di ricerca e di descrizione sperimentale della legge. Questo era piuttosto uno scientismo retrogrado, che assolutizzava l'ideale scientifico delle scienze naturali.

Il contrasto non ebbe conseguenze. Un astuto teorico del diritto si fece venire in mente una meravigliosa formula di *appeasment* che liberò gli scienziati del diritto da ogni preoccupazione.

Se e fino a che non vi è un concetto di scienza generalmente riconosciuto e utilizzato – fu questa la sua constatazione – ogni tentativo di provare che la giurisprudenza è scienza va a finire in una pura e semplice tassonomia, cioè nella creazione arbitraria di un qualche ordine della scienza.

Ai giuristi questo piacque. Scienziati o no, essi scrivono oggi corposi libri (scientifici o non scientifici), e così pure pareri e sentenze. All'università la giurisprudenza si fa presentare come una disciplina scientifica, pretende semestri di ricerca, viene diversamente insegnata dai professori e appassionatamente studiata dagli studenti. Si chiama scienza, e questo sembra voler dire che è anche una scienza. Il mantello si è un poco logorato, ma visto da lontano ha ancora un buon aspetto.

III. Alla lunga, bisecolare calma sul fronte della scientificità non corrispose però una situazione equivalente rispetto al problema di quale tipo la scienza (giuridica) dovesse essere, se essa voleva essere una «vera» scienza.

Fin dall'inizio si contrapposero la via «filosofica» e la via «storica». Che alla fine vincessero gli «storici», fu un poco dovuto alla

circostanza che i «filosofi» non avessero alcun Savigny, ma solo un Gans. Molto di più dipese naturalmente dallo Stato prussiano e dalla affezione antirivoluzionaria dei tedeschi del tempo.

La vittoria fu a tutto campo e definì la situazione per tre generazioni scarse. Poi gli attenti osservatori della loro disciplina non si accontentarono più dei risultati della scienza giuridica storica. Il pensiero che si potesse carpire la totalità del diritto alle forze ancora vive del *Volksgeist* alla lunga non si era dimostrato solido.

Era diventato estremamente chiaro che coloro che si autolegittimavano come interpreti giuridici del *Volksgeist* gettavano sul piatto della bilancia solo il loro proprio spirito. Era difficile ignorare che le loro creazioni non erano solo soggettive, ma anche fragili – sempre dipendenti dalla disponibilità alla tolleranza del signore di turno, che con un tratto di penna poteva però in qualsiasi momento precipitare intere biblioteche di esegesi nelle catacombe della storia del diritto.

È vero che nel diritto romano si era trovato un complesso di norme, che riusciva a sottrarsi all'intervento del presente legislativo, e che inoltre era così spesso e compatto da offrire ogni risultato necessario alla plasmante volontà di interpretazione. Ma la libertà degli esegeti non poteva consentire illusioni sul fatto che i suoi risultati fossero semplici opinioni e non teorie (un fatto che fino ad oggi affligge a tal punto i giuristi, che essi esprimono le loro opinioni risolutamente come «teorie»), che non fossero in alcun modo «conoscenze» o «verità». Che cosa vi era allora di più ovvio, che cercare un orientamento verso le scienze naturali. Queste avevano infatti tutto ciò che si poteva desiderare: osservazione, empiria, sperimentazione al posto di metafisica, religione e speculazione; conformità alla legge invece di contingenza e quindi necessità al posto del caso; e inoltre quel bel metodo, col quale il misurare, il contare e il pesare mostravano gli argomenti ultimativi.

IV. Il tentativo di collegamento però non riuscì. Le progettate raccolte di dati degenerarono in confusi compendi di cumuli di norme raccolte dal mondo intero. Carpire loro riferimenti a principi generali antropologici, a costanti di comportamento o anche solo (come più tardi fu formulato con fortunata ingenuità) a «figure giuridiche ricorrenti», non volle riuscire. Il legislatore non si mostrò propenso a prendere atto di null'altro che non fosse la sua esperienza nazionale, e il metodo comparatistico non scoprì affatto evidenti conformità alla legge, ma piuttosto soggettività come legge.

Ma fare proprio di questo il punto di partenza di un nuovo progetto, non lo si poteva aspettare da uomini che si erano avviati a

ricorrere alla solidità della legge di natura come loro oggetto.

Così il flirt dei giuristi con la scienza naturale rimase effimero. I prestiti dalla chimica e dalla biologia non andarono oltre l'ambito delle metafore più o meno felici, e solamente l'«obiettività» – cioè l'astrazione professionale da tutto ciò che era personale, metafisico, economico, politico, in breve extragiuridico – perdurò (unitamente al «sistema») come comune garante di scientificità insieme alla scienza naturale.

Il *main-stream* della scienza giuridica si è ugualmente sottratto a qualsiasi tentazione di beata razionalità. La Scuola storica del diritto poté dominare solo fin verso la fine del secolo passato, quando la legislazione dell'Impero le sottrasse il terreno romanistico da sotto i piedi; e questo nonostante tutte le contestazioni, cui questo tutt'altro che «storico» (cioè normativo-costruttivo) modo di considerare fu esposto da parte dei «veri» sforzi di storicizzazione.

V. Non molto più riuscito del flirt con le scienze naturali si configurò l'escursione dei giuristi nelle scienze umane. Veramente non esiste una giustificazione di fondo dell'impresa e anche il richiamo esplicito alla scienza umana si trova alquanto raramente. Ma ugualmente non è infondata la supposizione che, nel periodo compreso tra la prima guerra mondiale e la fine del periodo di ricostruzione dopo la seconda guerra mondiale, la maggior parte dei giuristi – posti di fronte alla domanda sulla loro collocazione nel sistema scientifico contemporaneo – avrebbero pensato alle scienze umane.

Infatti, ciò che essi consideravano come compito centrale era il confronto con la norma emanata dal legislatore statale: il diritto consuetudinario lo si poteva ancora incontrare solo in angoli romanticamente trasfigurati dell'Impero; il diritto naturale per decenni era stato spazzato via dalle scene dalla critica corrosiva del positivismo; la legge positiva rimase perciò di fatto non solo la principale, ma anche l'unica cosa alla quale il giurista affidò la sua arte. Ma questa consisteva nel comprendere la legge e il suo creatore, il legislatore; nel riconoscere quale conflitto questi voleva regolare e come erano stati da lui valutati gli opposti interessi delle parti, chi doveva essere privilegiato e chi invece trascurato, quale «soluzione» il legislatore avrebbe ordinato, se fosse stato materialmente possibile e fattibile chiederli la sua opinione nel caso particolare.

Questa opinione il giurista doveva ricavarla «prestando servile obbedienza» (così la eccellente immortale formula di uno dei principali metodologi della prima metà di questo secolo) e presentarla alle istanze sociali che lo avevano delegato.

Il processo ermeneutico, il voler comprendere e il dover comprendere di parole e principi, era dunque il compito professionale del giurista che stava riverente di fronte alla legge, quando e mentre egli si scervellava davanti al caso particolare trasformato in conflitto.

Poiché tutto questo accadeva distinguendo e comparando, interpretando il particolare con riguardo al generale e considerando il generale con lo sguardo indietro al particolare, ai giuristi era già del tutto chiaro che essi erano esperti del comprendere comprendente prima ancora che l'ermeneutica filosofica li chiamasse sorprendentemente a testi principali del processo di comprensione umana.

Quando, cosa che occasionalmente facevano, i giuristi leggevano Dilthey o Rickert o Scheler o Nicolai Hartmann e più tardi Gadamer, succedeva che si imbattessero in riflessioni simili a quelle che frullavano loro per la testa – cioè il *comprendere*, l'*individuale*, i *valori* – e nel problema di come questi potessero essere riconosciuti e gerarchizzati. E poiché quelli erano i grandi pensatori di una scienza umana, che si concepiva fino in fondo come antipodo delle scienze (naturalistiche) della natura, così anche i giuristi dicevano di essere scienziati umani, quando si vedevano sfidati ad una determinazione tassonomica della loro attività.

VI. Che si fosse trattato proprio di un percorso di giustificazione finalizzato alla legittimazione del metodo comunque seguito fino ad allora, fu chiaro quando irruperono i difficili anni sessanta e oscurarono durevolmente per i giuristi il sole delle scienze umane.

Non è possibile spiegare tutto quello che in rapida sequenza, in modo non coordinato ed eterogeneo, si abbatté sugli «scienziati umani» giuristi. Avevano appena apparentemente modernizzato la «giurisprudenza degli interessi» felicemente salvata come «giurisprudenza dei valori» (e senza alcun mutamento) fino alla svolta degli anni sessanta, che l'intera branca cadde sotto il sospetto di arretratezza.

Gli aderenti al razionalismo critico si gettarono sulla dottrina della motivazione e sulla logica, il nuovo diritto naturale fu di nuovo scoperto come lo spirito proprio degli uomini, la filosofia del linguaggio si attaccò alla comprensione dei segni e predicò la scoperta di senso come produzione di senso. La sociologia si divertì delle ingenuità opinioni dei giuristi sull'uomo e sulla società e pretese la rinuncia alla «teoria del quotidiano». Con un chiarissimo prestito da una teoria della società neoidealista, la «teoria dell'argomentazione» si cimentò a mettere in scena la «vera e propria» dottrina del diritto: insomma, al malato fu prescritto un

pandemonio di ricette in parte contraddittorie, spesso (come per esempio la teoria dei sistemi o il costruttivismo radicale) adatte al collegamento – che si spingevano nel migliore dei casi fino negli abissi e nei meandri della teoria giuridica –.

VII. Ma il malato si mostrò più sano di quanto non lo volessero ritenere i diagnostici e i terapeuti. Senza che fossero rimaste tracce riconoscibili della sua tribolazione, egli andò avanti come fino ad ora.

La Corte suprema federale logora instancabilmente i canoni (giuridici) dell'interpretazione; la Corte costituzionale si gingilla di nuovo con l'ordine di valori semigiuridico da lei escogitato, per il quale ha trovato senz'altro approvazione e fedele seguito, a meno che non calpesti proprio ipocrisie regionali o appiccaticci saperi da caffè.

La «scienza giuridica come scienza umana» si è di contro completamente congedata. Per quanto brevemente combattuta e (viceversa) qua e là (altrettanto brevemente) annunciata come materiale programma di riforma, la «scienza sociale» si è nel frattempo insediata – senza far rumore – al posto della «scienza umana».

Di fatto la «scienza giuridica come scienza sociale» non è nulla più (ma anche nulla meno) che la dichiarazione di apertura di principio nei confronti del sapere delle scienze sociali, sapere che non deve essere rifiutato, ma utilizzato, se possibile pure «in qualche modo» integrato. Di gran lunga la più progredita è in questo senso la «analisi economica del diritto», che si occupa della riduzione dei valori giuridici ad argomenti di strategie di mercato (dei quali – secondo quel che si dice – è propria una particolare razionalità) e la cui controparte (non meno alla moda) *law as literature* attende ancora di essere recepita in Germania.

I meno progrediti e la gran massa dei giuristi medi fanno temporanei tentativi con la considerazione casuale di esiti individual-psicologici e social-psicologici, con l'occasionale inserimento di statistica e antropologia, con riferimenti a risultati di inchieste e prognosi scientifico-politiche, alla ricerca sulla povertà e sulle migrazioni e così via. In breve: ora siamo tutti scienziati sociali.

VIII. La curiosa successione del suo orientarsi alla storia, alla scienza naturale, alla scienza umana e alla scienza sociale (mancano solo le scienze tecniche, dove però bisogna lasciare da parte la già molto vivacemente discussa espressione «ingegnere sociale») potrebbe significare per la giurisprudenza, che per lei sarebbe un buon consiglio quello di riappendere il suo relativamente nuovo, ma misero mantellino «scienza» – logoro come è – nel guardaroba

storico e di dichiarare a testa alta la sua apparente semplicità come «semplice arte», piuttosto che procedere impetita in una faticosa legittimità presa a prestito.

Questo le potrebbe riuscire tanto più facilmente, in quanto la stella dell'arte è considerata di nuovo in salita e invece incontra sempre maggiore scetticismo l'idea che il sapere umano, se vuole veramente servire a qualcosa, debba essere acquisito e organizzato in forma scientifica. Questo ci è stato insegnato anche dalla storia della scienza, che ironicamente sembra tendere a liberarci da «scienze» di varia specie.

Detto diversamente: la ragione sta prima della scienza.

IX. Per la giurisprudenza, dunque, la meta può non essere incerta. Il tentativo – iniziato con l'illuminismo e coraggiosamente portato avanti fino alla seconda metà del ventesimo secolo – di mettersi in scena come scienza attraverso l'aggancio a concetti scientifici della più varia provenienza, questo tentativo è fallito. Ma non è una disgrazia. Giacché la maggiore dignità del sapere scientifico è comunque sempre più messa in dubbio. La giurisprudenza deve di nuovo consapevolmente diventare un'arte argomentativa razionale che mira ad essere accettata – cosa che fu (inconsapevolmente) sempre – e proprio là dove (come per esempio tra i giuristi romani) essa fu sfrontatamente ricostruita dagli storici del diritto come *corpus* scientifico sistematico.

All'interno di questa *arte*, che deve essere ricavata dallo spirito ben e nuovamente compreso della antica retorica, e che grazie ad esso deve tornare in salute, il sapere scientifico giocherà però un ruolo importante. Il mondo moderno è infatti pervaso e dipendente da questo sapere. Sarà quindi importante aver inteso la relatività, cioè la dipendenza culturale, del sapere scientifico. Senza comprendere ciò i giuristi non saranno difatti in condizione di scegliere, nel caso dato, gli argomenti loro esposti, di valutarli e di trattarli adeguatamente.

La strada sarà lunga e spinosa. Ma vale la pena di percorrerla.