

# PER UNA SCIENZA DI REALTÀ DEL DIRITTO (CONTRO IL FETICISMO GIURIDICO)

di Realino Marra

## 9. *Il carattere di feticcio del diritto e il suo arcano*

La riduzione dei fatti alle norme è il feticismo dei formalisti di cui si dice nel titolo: è il non distinguere in esse i rapporti sociali da cui dipendono o verso cui si orientano, laddove il non riuscirci è anche “conseguenza” delle norme stesse in quanto velo – per parafrasare Marx<sup>1</sup> – che copre la realtà più “autentica” della vita sociale. Meglio di altre, quest’immagine giustifica in parte la cecità del formalismo: in determinate occorrenze storiche (quelle che hanno accolto la pandettistica, o la dottrina pura) l’errore è – per così dire – propiziato dalla densa laboriosità della patinatura. Questo lo stesso Marx concede all’economia politica del suo tempo, quando dinanzi a modi di produzione «di più alto livello» nella cosa-merce fa fatica a percepire immediatamente dei rapporti sociali.

Anche per il diritto il “carattere feticistico” può dipendere dalla peculiarità dei fatti che lo hanno prodotto, e che magari, appunto, sono tali da nascondere l’evidenza dei rapporti più di altre vicende<sup>2</sup>. Il diritto formale è esistito, in parte sopravvive in aree significative del mondo, magari è destinato a riguadagnare terreno oppure – chissà – a svanire del tutto. La terminologia è evidentemente weberiana, ed anche per questo converrà precisare: “diritto formale” (meglio “razionale-formale”, dacché il diritto formalmente irrazionale, quello cioè che riconosce l’autorità di profeti, di oracoli, del giudizio di dio e simili, non è il tema di queste pagine) è un tipo ideale, al quale *si avvicinano* in maniera più o meno intensa talune importanti esperienze giuridiche, per lo più concentrate nell’Europa continentale.

*Seconda parte. La prima parte è stata pubblicata nel numero 2/2008 dei «Materiali».*

<sup>1</sup> *Per la critica dell’economia politica*, 1859, trad. it. di E. Cantimori Mezzomonti, Roma, Editori Riuniti, 1969<sup>2</sup>, pp. 16-7.

<sup>2</sup> Di nuovo una parafrasi da Marx, in questo caso da un passo del celebre paragrafo sul feticismo delle merci nel primo libro del *Capitale*, da cui è tratto anche il brano riportato in apertura di questo articolo (*Il capitale. Critica dell’economia politica*, cit., I, p. 105).

plicemente bisogno d'essere acclarata (*conosciuta*). Non è mai stato così nel passato, e oggi lo è ancor meno. A fronte d'un legislatore sempre più babelico, confuso e smemorato, la giurisprudenza pratica deve esercitare l'arte eminente (di nuovo Ehrlich) di trasformare discorsi frequentemente incoerenti in un materiale che sia concretamente utilizzabile nella pratica delle professioni e delle aule di giustizia. E va da sé – converrà di nuovo sottolineare – che essa debba anche sforzarsi di provvedere a innovazioni e giunzioni che siano assennate, vale a dire compatibili con la Costituzione e le leggi.

L'altro compito fondamentale della giurisprudenza pratica degli accademici dovrebbe consistere nella trasmissione di abilità specifiche, come è stato recentemente argomentato da un bel libro di Giovanni Pascuzzi. L'autore le considera partitamente in capitoli che costituiscono altrettante, salutari immersioni nella realtà concreta dei diversi mestieri di giurisperito: come interpretare un documento normativo, come leggere un contratto, come redigere gli atti, come risolvere problemi (elaborare ad esempio una strategia difensiva), come organizzare il lavoro in uno studio, come condurre un contro-esame, e così via<sup>42</sup>. Al contempo, da quest'elenco ricavato velocemente dal libro di Pascuzzi, emerge il vero punto dolente della didattica delle nostre facoltà giuridiche. Normalmente infatti tali questioni non sono neppure tematizzate, oppure vengono affrontate in maniera accessoria e superficiale. Siamo dinanzi ad una manchevolezza grave, da imputare, ribadisco, alla scorretta auto-rappresentazione di ruolo da parte degli accademici. Anche (o addirittura *soprattutto*) se il docente universitario è avvocato, accade ugualmente che egli accentui colpevolmente la distanza tra diritto e prassi, che enfatizzi l'astrattezza e la generalità delle norme, e questo in quanto tale esposizione rarefatta rende probabilmente meglio l'idea d'una prestazione scientifica, esercitata attorno ad un sapere misterico, per soli iniziati. Specialmente in questo campo, insomma, sembra d'essere ancora lontani da una reale innovazione nella didattica del diritto positivo. Si dia fiducia tuttavia al realismo giuridico: anche da noi si può ancora sperare, grazie al dissolvimento delle fumisterie del formalismo, in una rigenerazione su nuove basi della cultura giuridica accademica. Provvista d'una figurazione realistica dei propri doveri, organizzare

<sup>42</sup> G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, Il Mulino, 2008, in part. pp. 41 ss.; prima di Pascuzzi si leggano anche le analoghe considerazioni svolte in alcuni saggi raccolti in G. Rebuffa-G. Visintini, a cura di, *L'insegnamento del diritto oggi*, Milano, Giuffrè, 1996 (soprattutto da Antonio Padoa-Schioppa, *Il modello dell'insegnamento del diritto in Italia*, pp. 255 ss., da Michele Taruffo, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, pp. 281 ss., e da Sergio Chiarloni, *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile*, pp. 291 ss.).

ragionevolmente il materiale normativo e addestrare alle abilità proprie delle professioni, essa provvederà meglio e senza infingimenti al funzionamento del sistema giuridico, e potrà educare le nuove generazioni di giuristi alla consapevolezza delle responsabilità connesse all'esercizio di professioni importanti e delicate.

Resta ancora un problema da affrontare, ed è quello dei contributi possibili della scienza alla giurisprudenza pratica, a partire proprio dai luoghi dell'accademia in cui i rapporti tra queste sono più stabili (non foss'altro che per il fatto di venire usualmente prescritti agli studi universitari). S'è considerata sopra la risposta di Ehrlich: la scienza dovrebbe essere per i pratici ciò che le scienze naturali sono già per la medicina o la tecnica, vale a dire il fondamento scientifico del loro operare. Indicazione vaghissima, e soprattutto ricavata da un'insostenibile corrispondenza con le scienze naturali. La scienza del diritto appartiene alle scienze dell'uomo, a discipline nelle quali la conoscenza, se orientata rettamente, non può che rivelare alla ragione gli spazi di libertà aperti alla vita dal mondo storico come universo della contingenza. In esse dunque il sapere deve sostanzialmente bastare a se stesso; a partire da qui si può certo legittimamente pensare di andar più lontano, arrivando a speculare di applicazioni e predizioni, ma con la consapevolezza al contempo che entrando nel futuro le scienze dell'uomo divengono automaticamente inadatte a fornire evidenze. Ciò detto, sono tuttavia ipotizzabili da parte della scienza giuridica degli apporti indiretti alla dimensione pratica del lavoro dei giuristi. Al riguardo credo si possano intravedere almeno tre direzioni ausiliatrici: le indico di seguito, in ordine crescente di importanza.

La scienza non è solo sapere, ma altresì stile e cultura. Coltivando anche occasionalmente degli interessi scientifici, i giuristi pratici potranno emanciparsi dall'immagine farsesca del leguleio manzoniano (alla quale invero ancor oggi inclinano mestamente), renderanno più allettanti, e fors'anche più efficaci, le loro arti retoriche, miglioreranno il pregio letterario della loro produzione (dalla tesi di laurea fino al manuale universitario, passando per tutta la copiosa produzione scritta che sta nel mezzo, e che rappresenta il quotidiano affanno di tutte le professioni). Sarebbe un progresso non da poco per uno degli àmbiti di vita in cui l'ostentazione di competenze specialistiche ha reso la comunicazione particolarmente disagiata, senza per questo contribuire né alla precisione né tanto meno all'eleganza della lingua.

Altro aspetto: l'interpretazione dei fatti e la capacità di organizzare le conoscenze. Sempre Pascuzzi ha opportunamente richiamato l'attenzione sull'irragionevolezza delle rappresentazioni più comu-

ni dell'insegnamento del diritto, per cui questo fondamentalmente avrebbe da trasfondere le tecniche di sussunzione di un'azione o situazione in una norma. Tra i giuristi (in particolare, tra i giuristi accademici) è diffusa la convinzione che la parte più gravosa del lavoro col diritto sia la ricerca e l'agnizione della regola; la ricostruzione del fatto (un omicidio, un incidente, una malattia, e tutte le mille altre situazioni della vita regolate da norme) non pare invece costituire un problema degno di ambire al medesimo rango di ponderazione. Sennonché: la prima faccenda può di sicuro rivelarsi laboriosa, ma anche la seconda non è affatto insignificante, e di regola anzi tende ad essere la più intricata. Come si sono svolti i fatti? quando e come il lavoratore s'è ammalato in fabbrica? come mettere a confronto mansioni di provenienza e mansioni di destinazione nei casi di esercizio di *ius variandi* da parte del datore di lavoro? quando e come è crollato un muro di recinzione? in un giudizio di responsabilità come ricostruire il nesso eziologico tra l'azione o l'omissione del medico e le condizioni del paziente? Per orientarsi in problemi siffatti, che ricorrono in gran copia nel lavoro del giurista, v'è bisogno di *teste ben fatte*<sup>43</sup>. Pascuzzi richiama qui la grande lezione di Morin, e di nuovo fa bene. Il pensiero analitico che dismembra, distingue e separa è indicato forse per conoscenze di tipo tecnico, ma è del tutto inservibile all'intelligenza della vita di relazione. Per questa servono discipline aperte al confronto, disponibili a collegare e organizzare informazioni diverse<sup>44</sup>. Ecco allora che una scienza giuridica di realtà, orientata ad una visione globale dell'esperienza, addestrata al dialogo interdisciplinare, può conferire la duttilità indispensabile per non arretrare dinanzi ai problemi interminati opposti dalla comprensione dei fatti.

L'ultimo contributo infine, quello più importante. S'è visto sopra quanto conti nel lavoro del giurista il decidere. Le sue, certo, sono risoluzioni vincolate: alle norme innanzitutto, giacché creatività non equivale (né deve!) a invenzione dal nulla. Ma condizionate anche, inevitabilmente, da un certo orizzonte di valore. L'avvocato che ha da consigliare un cliente o approntare una strategia difensiva, il giudice che deve pronunciare una sentenza, è raffrontato, oltre che col diritto, con la propria coscienza (e gli utenti della giustizia devono invero confidare che ne abbiano una, e non solo che siano muniti di solide competenze tecniche). Sulle prime questioni s'affiderà,

<sup>43</sup> Cfr. G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa*, cit., pp. 114-9.

<sup>44</sup> E. Morin, *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero*, 1999, trad. it. di S. Lazzari, Milano, Raffaello Cortina, 2000, pp. 15-29; cfr. anche Id., *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, 1999, trad. it. di S. Lazzari, Milano, Raffaello Cortina, 2001, pp. 35-46.