

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg3>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 3 (2003)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg03/045-048>

Rg **3** 2003 45–48

Realino Marra

Diritto e storia nelle società del tempo perduto

Abstract

What role can historical science aspire to in an era marked by the separation of law from the chains of the past? The reply of the author is a double one. Even in the age of global law, knowledge is guided by prior comprehension of a historical nature. The connection with tradition is revealed not only by continuities between past and present, but also by breaks and changes. Tradition lives within us even when we perceive more acutely the sense of separation. On the other hand, precisely a conscious adhesion to tradition is the best condition for recognising and thematizing the change. Only those who trust in a historical-dynamic rather than dogmatic comprehension of tradition can at the same time preserve its sense and measure the distance between it and the present.

Faced, then, with the ethico-political questions raised by the juridical changes of our societies, historical consciousness continues to have an irreplaceable pedagogical function: it promotes clarity and a sense of responsibility, reinforces the capacity of judgment, teaches the necessity of recognising problems in all their complexity, and illuminates practical behaviour on the consequences of actions.



Diritto e storia nelle società del tempo perduto

In una delle analisi più lucide sulle istituzioni giuridiche della globalizzazione, Maria Rosaria Ferrarese, sociologa del diritto italiana, descrive con efficacia il processo di dissolvimento del tempo storico innescato dal cd. «sistema mondiale» dell'economia (Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni, il Mulino, Bologna 2002). Da una parte si allontanano rapidamente dall'orizzonte del mondo globale le categorie e i materiali giuridici con i quali era stato progettato il diritto della modernità – e degli ultimi due secoli in particolare (il codice, il legame con la sovranità dello Stato, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, la recezione e l'«uso moderno» del diritto romano). Anche il passato recente tende, così, a divenire l'oggetto d'una ricostruzione eminentemente filologica, alla luce della quale sono esclusi affinità e legami con il diritto attuale, e si considera con (legittimo) sospetto qualsiasi ambizione pratico-applicativa della scienza storica (aspirazioni sollecitate, per quanto riguarda l'Europa dei nostri anni, tanto dai tentativi di unificazione del diritto civile, quanto dal processo costituente che sta investendo le istituzioni comunitarie). E dall'altra parte, anche questa liberazione del diritto dai vincoli del passato contribuisce a favorire la formazione di istituzioni mobili, sensibili ai tempi istantanei del presente, e dunque con una valenza normativa debole, rispetto alle finalità tradizionali di progettazione e guida del futuro (richiama l'attenzione su tale aspetto Rainer Maria Kiesow, nella sua lettera di invito agli autori del dibattito ospitato da questa rivista). La perdita di obiettivi-legami con il futuro innova radicalmente l'esperienza giuridica, ne oscura, sino a farle scomparire, le funzioni di selezione e

comando, a vantaggio di una dimensione comunicativa, nella quale il nuovo diritto accoglie con una logica inclusiva i modelli di relazione e le forme di vita che si impongono nelle società della globalizzazione. Il presente diviene il riferimento temporale principale; e con questo non solo si condiziona il rapporto con il passato e il futuro, ma tende a modificarsi la stessa percezione del tempo, non più il tempo storico di continuità e necessità, ma il tempo aggregato di momenti, di cui parla Bauman in *Modernità liquida*, «tempo rarefatto, che ... si scompone in una costellazione di frazioni piccole e piccolissime» (Ferrarese, op. cit. 36).

A quale ruolo può aspirare la storia del diritto in questo contesto di profondo distacco dalla tradizione, di oscuramento delle connessioni temporali tra passato e futuro, di perdita dell'orientamento normativo delle istituzioni giuridiche? Una finalità meramente ricognitiva – pensano in molti, tra gli storici in primo luogo – che si astenga da qualsiasi aspirazione all'attualizzazione di contenuti e categorie della tradizione giuridica europea, e si concentri sull'obiettivo di ricostruire i caratteri ed il significato di esperienze giuridiche racchiuse entro confini temporali certi (il processo di codificazione, lo Stato di diritto, le costituzioni, l'invenzione dei diritti). L'attitudine spirituale di queste operazioni sarà certo condizionata dagli orientamenti del ricercatore e dalle inclinazioni dei fruitori (penso soprattutto agli studenti, per i quali la recente riforma dell'ordinamento universitario prevede in Italia l'obbligo del diritto romano e della storia del diritto medievale e moderno). Le coloriture culturali andranno dalla trasfigurazione degli oggetti assenti, al rimpianto



per un mondo giuridico (in apparenza) ben ordinato e (con certezza) perduto per sempre, all'orgoglio dello specialista appagato dal poter custodire e gustare un oggetto naturalmente sottratto ad una fruizione di massa. Ma resta (deve restare) in ogni caso ben salda la critica ad ogni illusione di adattare i modelli forti del passato ad una dimensione giuridica concitata ed instabile, come quella attuale. Sul punto mi sembra questa la risposta più corretta da opporre a quegli orientamenti che periodicamente, in campo storico-giuridico, ritengono di indicare a legislatori confusi ed a tecnocrati frenetici l'approdo ad un qualche sistema svecchiato dall'etichetta »attuale«, ma pur sempre testimone e garante di antiche certezze.

Senonché è possibile che in questo indirizzo storiografico si celi una funzione diversa e in qualche modo superiore rispetto ad obiettivi soltanto descrittivi? Io credo di sì. Ritengo che sia una prestazione, ancorché inconsapevole, in qualche modo strutturale della conoscenza storica; portarla alla luce – penso anche – può dare qualche contributo al rinnovamento degli studi giuridici imposto dai grandi cambiamenti del diritto contemporaneo.

Per dimostrare questo punto partirò da una constatazione relativa all'insegnamento del diritto in Italia. Che vi siano atteggiamenti diversi dinanzi alla dissoluzione del sistema del diritto (inteso come l'ordine giuridico dello Stato, logicamente chiaro, e senza contraddizioni e lacune) naturalmente non meraviglia. Sorprende però, almeno ad una prima valutazione, che la (tendenziale) divisione tra gli studiosi consapevoli dei rivolgimenti attuali all'interno delle istituzioni giuridiche e i custodi dei dogmi kelseniani sul sistema delle fonti e sulla struttura logica delle norme giuridiche, veda i secondi rappresentati soprattutto dai giuristi positivi. In molti (troppi)

manuali la ricostruzione dogmatica del diritto vigente ignora i mutamenti provocati dal sistema mondiale dei rapporti economici, e contestualmente vuole riconfermare, con il più tradizionale stile di rarefazione, astrazione, distanza, un primato del positivismo giuridico, smentito quotidianamente dalla concreta realtà del diritto. Quanto diversa è l'impressione prodotta dalla lettura dei testi di alcuni maestri italiani di storia del diritto! In essi si percepisce nitidamente la consapevolezza della rivoluzione in atto; ed essa significativamente si congiunge ad un rigoroso rifiuto delle dogmatiche attualizzanti dei diritti del passato (penso soprattutto a Mario Bretonne e ad Aldo Mazzacane).

Ebbene, questa superiorità conoscitiva della conoscenza storica va oltre il piccolo esempio che ho addotto. La circostanza non è insomma casuale; *a contrario*, è una delle molte prove che possono essere addotte sulle conseguenze cui può portare, nel campo del diritto, un indirizzo con un approccio deliberatamente astorico (qui mi riferisco principalmente, rispetto al positivismo giuridico, all'empirismo logico del Novecento, e sul ceppo di questo, alla filosofia analitica dagli anni cinquanta in avanti): non riconoscere il mondo nel quale il destino ci ha collocati. È la storia che dispone dell'uomo: solo la consapevolezza e la tematizzazione di questa realtà può portare allo svelamento dei nessi che intercorrono tra oggetto e soggetto della conoscenza. Il circolo ermeneutico descrive la condizione d'una conoscenza guidata da una precomprensione di natura storica. Si tratta in questo contesto di precisare soltanto che il legame con la tradizione non è rivelato unicamente dalle affinità e dalle continuità tra passato e presente, ma anche dalle lacerazioni e dai cambiamenti. Né invero mancano riconoscimenti in questa direzione nello stesso Gadamer: la tradizione vive

dentro di noi anche quando più acutamente percepiamo il senso del distacco; e d'altra parte proprio una forte e consapevole adesione alla tradizione è la condizione migliore per riconoscere e tematizzare il mutamento. Solo chi si affida ad una comprensione storico-dinamica, e non dogmatica, della tradizione può al contempo custodirne il senso e misurare l'allontanamento da essa del presente: la disposizione intellettuale più adatta per aprirsi al cambiamento.

Su queste basi si tratta di tener fermo il significato della rilevanza della storia nella scienza, vale a dire la dimensione storica del conoscere. L'ineludibile rapporto con la tradizione non deve comportare il ritorno a forme cattive di storicismo, per cui la forza della tradizione è scambiata con una fonte di validità di ordinamenti e istituzioni. Persino Heidegger, il pensatore più alieno dal ricavare conseguenze pratiche dalla sua storia dell'essere, afferma che l'uomo libero è *ein Hörender*, non *ein Höriger* del destino.

Il richiamo a Heidegger mi consente di dire qualcosa sul rapporto tra conoscenza scientifica (conoscenza storica) e »saggezza pratica«, uno dei motivi principali della critica al filosofo tedesco. Disponiamo di straordinari esempi di una storiografia del destino, per così dire, che è al contempo anche una storiografia delle grandi trasformazioni che hanno contrassegnato la storia dell'Occidente. Sono forse i contributi più interessanti in rapporto alla nostra condizione di osservatori situati in una fase di radicale innovazione delle forme giuridiche. Penso a Weber soprattutto, alla sua storia del capitalismo che diviene destino dell'uomo, o all'archeologia della società disciplinare di Michel Foucault. Destino appunto, non processo immodificabile, ma una direzione della storia imboccata, in un contesto di complessi scenari di possibilità, in conseguen-

za (anche) di una scelta, di una decisione, di un volere. In questa scoperta risiede il contributo più grande che la scienza storica può dare su questioni etico-politiche, vale a dire lo svelamento della storia come possibilità, libertà che non si cancella, irriducibilità della vita attiva del lavoro, dell'azione, della critica.

Pensando alla formazione di un giurista europeo, nel duplice senso di consapevole d'una grande tradizione e aperto alle sfide poste dai processi di integrazione giuridico-politica, la storia del diritto è nella condizione di reclamare un ruolo centrale. Perché è la disciplina della complessità e della contingenza, dello sviluppo e del mutamento; e dunque in grado anche di illuminare il significato etico-pratico dei processi di selezione e di scelta attraverso l'analisi delle cause che hanno fatto sì che il nostro mondo sia divenuto-così-e-non-altrimenti.

Wertfreiheit und praktische Stellungnahme: è questo il motto con cui può essere sintetizzata, ritengo, la concezione della conoscenza scientifica di Max Weber. Continuo a pensare che sia il massimo contributo possibile della scienza alle domande sulle regole del vivere »in modo appropriato« (le questioni della ragion pratica che il giurista è nella condizione di formulare meglio di altri) poste dalla consapevolezza storica relativamente a tutto quello che poteva, e può ancora, accadere. Quali le alternative altrimenti? Sono quelle indicate sinteticamente sopra, entrambe iscritte nella storia della riflessione sul circolo del comprendere, e tuttavia con una soluzione radicale, in un senso o nell'altro, sugli orientamenti pratici sollecitati dalle questioni del presente: acquiescenza nei confronti dell'autorità della tradizione (la storia che rivela affinità tra passato e presente, suggerendo dunque ricostruzioni con finalità direttamente normative), ovvero dissoluzione del rapporto tra teoria e

prassi in un orizzonte di possibilità sostanzialmente dominato da forme di rivelazione poetica (come in Heidegger).

E allora: avalutatività e presa di posizione pratica, scienza ed etica, separate ma allo stesso tempo tutt'altro che reciprocamente indifferenti. Dinanzi alle questioni etico-politiche sollevate dai mutamenti giuridici delle nostre società, la conoscenza storica deve continuare ad avere una funzione pedagogica insostituibile: essa promuove la chiarezza ed il senso di responsabilità,

rafforza la capacità di giudizio, insegna a riconoscere i problemi in tutta la loro portata, illumina il comportamento pratico sulle conseguenze dell'azione. Con questo non si vuol dire, beninteso, che la storia del diritto partecipi alla contesa degli ideali, ma solo ricordare che tra le sue prestazioni necessarie vi è quella di segnalare alla ragione gli spazi di libertà aperti alla vita dal mondo storico come universo della contingenza.

Realino Marra

