

3. Fenomeni degenerativi della scienza del diritto e i loro effetti sul giurista e sull'uomo comune

Il 'peccato' in cui è caduta la giurisprudenza, ossia il mutamento del suo livello e della sua nota fondamentale, non è passato inosservato nell'opinione pubblica. In larghe cerchie della popolazione si è diffusa l'idea che la scienza del diritto produca un tipo umano mediocre, freddo e rigido da un lato, cavilloso e moralmente influenzabile dall'altro. In cose moralmente rilevanti egli sarebbe cioè intransigente – 'freddo' e 'rigido' – per mere ragioni formali, e invece accomodante, arrendevole e pronto al compromesso in cose ancora formalmente indefinite, il cui contenuto morale tuttavia ammette soltanto un 'sì' o un 'no'. In altre parole ci si rappresenta il giurista come una persona cui è indifferente ciò che è essenziale all'uomo, mentre l'inessenziale ha per lui primaria importanza. Una simile opinione si consolida e diffonde tanto più in seguito a sentenze come quelle che giudicarono nullo un testamento privato, poiché il testante scrisse le sue ultime volontà su una carta da lettera con lo stampato "Hotel Fürstenhof, Berlin W., Potsdamer Platz"¹⁴, oppure dispose in data "Berlin, 29 febbraio 1916", mentre avrebbe dovuto scrivere correttamente "Berlin-Westend".¹⁵ Questi testamenti furono dichiarati nulli come "non ològrafi", benché non sussistesse il minimo dubbio circa la persona del testante o il contenuto delle sue ultime volontà, e neanche riguardo al luogo ove il testamento privato fu redatto.

Per quanto simili decisioni possano sembrare deplorevoli al profano, ad alcuni giuristi non risultano né dannose, né inutili, bensì giustificate e convenienti, giacché – per usare le parole di Gustav Radbruch – "persino il diritto ingiusto non è inopportuno [...], il diritto anche senza riguardo alla sua giustizia, per la sua

¹⁴ Cfr. Fritz von Hippel, *Formalismus und Rechtsdogmatik*, 1935, p. 20.

¹⁵ Ivi, p. 21.

stessa validità ha conseguito uno scopo: quello della certezza giuridica. Ad esso deve disporre il proprio sentire, chi voglia conciliarsi con la giurisprudenza”.¹⁶

È dunque più importante dal punto di vista della ‘giustizia politica’ [*rechtspolitisch*], che una sentenza venga pronunciata, che una causa sia decisa in accordo con il diritto vigente quantunque in questi casi inadeguato, piuttosto che la causa sia decisa in modo *giusto*, con il sottoporre da parte del competente organo giudiziario la norma giuridica a un’integrazione, ovvero a un mutamento conforme alle esigenze della giustizia nel caso. La *certezza giuridica* così conseguita è paragonabile a quella vigente in una famiglia in cui il padre, alla domanda del figlioletto, dove si trovi Port Darwin, risponda “in America”, e obiettandogli il piccolo con l’atlante alla mano, che Port Darwin si trova invece in Australia, gli somministri una buona dose di percosse.

Un tale ideale di certezza giuridica perseguito per vie diverse da quelle della giustizia, è tra le cause principali della *mentalità* che così tanto ripugna allo schietto sentire umano e che conduce a un generale disprezzo verso il giurista come uomo. Se infatti una persona si compenetra fin nelle profondità del suo sentire del principio secondo cui “il giurista serve alla forma, non alla causa, che è la giustizia”¹⁷, se cioè si abitua a porre la forma al di sopra del contenuto, la certezza giuridica al di sopra della giustizia, ella viene ad assumere una natura *servile*, incline a piegarsi indifferentemente di fronte ad *ogni* padrone. Con il suo apparato pensante, educato dalla tecnica giuridica, si metterà a disposizione del potere statale che a volta a volta emana leggi – giuste o ingiuste che siano – e ha quindi il potere di sancirle, senza riguardo se un tale potere sia apportatore di bene o di sciagura per la vita di un popolo e dell’umanità.

¹⁶ G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7ª e 8ª ed., p. 211.

¹⁷ Ivi, p. 210.

Ci fu mai un regime, cui non si prestasse docile una schiera di giuristi al fine di 'legittimarlo'? Gli stessi giuristi che avevano servito la repubblica rivoluzionaria di Francia, operarono poi per l'imperatore Napoleone stilando e mettendo in pratica il *Code civil* da lui voluto. Ma anche al reinsediato Luigi XVIII non mancarono giuristi compiacenti pronti a sostenere con gli strumenti del diritto il suo potere, come in precedenza era stato sostenuto quello di Napoleone e prima ancora avallato dalla legalità e difeso col ricorso ai concetti il Terrore ad opera della plebe e dei demagoghi.

Si potrebbe davvero dire: "Impadronisciti solo del potere: di persone che creino un supporto legale ad esso confacente, non te ne mancheranno mai!". Inflexibile e rigoroso nelle piccolezze, nelle formalità, labile e servile nelle cose importanti ed essenziali: così appare quel tipo di giurista frutto del diritto emancipatosi dall'etica, dopo aver fatto altrettanto nei confronti della religione.

Naturalmente quanto qui affermato non si riferisce a *tutti* i giuristi, e forse neanche alla loro maggioranza, continuando in molti di loro ad operare come *stato d'animo* il passato con il suo orientamento etico-religioso, ed essendovi quindi al riguardo ancora numerose eccezioni tra i giuristi di ogni paese; ma si riferisce piuttosto al *tipo* che ha prodotto un'impressione duratura nella coscienza comune, nuocendo alla considerazione di cui godeva un tempo la giurisprudenza.

Com'è diversa l'immagine del giureconsulto tracciata da Ulpiano († 228 d.C.) nei *Digesta* del *Corpus Iuris*:

Chi desidera occuparsi di diritto deve sapere prima di tutto, da dove discende il nome 'diritto' [*ius*]: da giustizia. Il diritto è infatti, come lo definisce con eleganza Celso, "l'arte del buono e dell'equo" [*ars boni et aequi*]. Perciò possiamo esser chiamati sacerdoti, in quanto coltiviamo la giustizia e professiamo la conoscenza del buono e dell'equo, discernendo l'equo dall'iniquo e il

lecito dall'illecito, e desideriamo render buoni gli uomini non solo col timore delle pene, ma altresì con l'esortazione a conseguire i premi, e aspiriamo, se non mi inganno, a una filosofia vera e non apparente.¹⁸

Confrontando questa antica concezione dei doveri del giurista con quella moderna sopra riportata: "il giurista serve alla forma, non alla causa, che è la giustizia", si avverte il degrado in cui è caduta la scienza del diritto.

Se ora ci interroghiamo sulla vera e propria causa di un tale degrado, la dovremmo ricercare in quella che abbiamo sopra caratterizzata come la sua 'caduta', nel fatto cioè che la giurisprudenza di fronte alla scelta tra il pensiero *morale* e quello *meccanicistico* – i cui rappresentanti nelle scienze naturali furono rispettivamente Goethe e Newton –, ha optato per il secondo, o per dirlo con le parole di una voce ammonitrice del secolo scorso:

La falsa autonomia dell'elemento giuridico, considerata un progresso nella scienza, non solo ha deformato il diritto nella teoria, ma lo ha privato altresì della sua dignità nella vita, favorendo le concezioni di un suo mero meccanismo e svuotandone dell'anima il contenuto stesso.¹⁹

¹⁸ Ulpianus, *Digesta*, 1, 1, 1.

¹⁹ Adolf Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, p. 20.