

TARELLO, GIUSREALISMO E CONTESTUALISMO

MAURO **BARBERIS**



Tarello, giusrealismo e contestualismo

Tarello, Legal Realism and Contextualism

MAURO BARBERIS

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Trieste.

E-mail: barberis@units.it

ABSTRACT

La metodologia di Tarello solleva il dilemma della specializzazione: sino a che punto una teoria del diritto realistica e antiformalistica può avvalersi delle conoscenze desunte da altre discipline, come storia, sociologia, economia? Esaminando l'esempio degli scritti di Tarello sull'ordinamento giuridico, la risposta qui fornita è la seguente. Forse, la teoria del diritto può mantenere la propria specificità solo adottando una posizione contestualista: ossia, praticando l'analisi del discorso giuridico usato in specifici contesti, e divenendo (più) consapevole delle implicazioni pratiche della stessa teoria.

Tarello's realistic and anti-formalistic methodology raises the dilemma of specialization: to what extent can a realistic and anti-formalistic theory of law make use of the knowledge drawn from other disciplines, such as history, sociology, economics? Examining the example of Tarello's writings on the legal order (*ordinamento giuridico*), the answer given here is as follows. Perhaps, the theory of law can maintain its specificity only by adopting a contextualist position: that is, by practicing the analysis of the legal discourse used in specific contexts, and becoming (more) aware of the practical implications of the theory itself.

KEYWORDS

Teoria del diritto, metodologia, realismo giuridico, antiformalismo

Theory of law, methodology, legal realism, antiformalism

Tarello, giusrealismo e contestualismo

MAURO BARBERIS

Gli interventi che mi hanno preceduto, e forse anche quelli che seguiranno, partono dalla ricchissima aneddottica tarelliana – un autentico genere letterario, ormai – e per non essere da meno lo farà anche il mio. Si discute a volte se quella di Genova sia una scuola, come se esserlo potesse considerarsi un difetto. Ma persino se lo fosse, e non lo è, resterebbe difficile negare che i Genovesi siano una scuola, tanto in base a qualsiasi definizione possibile di “scuola”, quanto – per usare uno stilema ridondante – in base all’esperienza empirica.

La mia esperienza fu questa. Quando li conobbi, i genovesi erano una tribù accademica distinta da tutte le altre già per i suoi usi e costumi. Nessuno aveva figli; tutti, o quasi, fumavano pestilenziali Gauloises; a certi esami estivi, senza essersi messi d’accordo prima, ognuno veniva vestito in un elegante completo color canapa; tutti, finiti gli esami, prendevamo un Campari Soda, tranne Silvana Castignone, che prendeva un Aperol. Ecco, se c’era una divergenza teorica, allora, si limitava a questo: la scelta degli aperitivi.

Quel che ci unisce, in effetti, è sempre stato l’approccio realista e antiformalista: aggettivi con molti sensi, già analizzati da Tarello, ma che qui farò spericolatamente coincidere. “Realismo” e “antiformalismo”, qui, indicheranno un approccio allo studio del diritto che: 1) in positivo, non disdegna gli strumenti di discipline extragiuridiche (come storia, sociologia, antropologia, economia, politologia, linguistica, teoria dei giochi...); 2) in negativo, guarda con sospetto alla pretesa di perseguire obiettivi teorico-giuridici “puri”.

Tarelliano viscerale, non solo ho sempre adottato questo approccio, ma ho sempre manifestato diffidenza verso la deriva formalistica, normativistica e kelseniana impressa alla Scuola genovese dall’incontro con la Scuola di Buenos Aires. Agli inizi, rivendicavo un approccio antiteorico del tutto simile a quello rigidamente analitico coltivato da Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battista Ratti. Poi mi sono convertito all’idea che l’analisi del linguaggio, benché indispensabile alla teoria, non debba pretendere di sostituirla.

Da allora ho fatto abbastanza teoria, con i più diversi compagni di strada (evolutionisti, ermeneutici, pragmatisti, costituzionalisti...), da indurmi a etichettare la teoria “impura” che prediligo come “realmente realistica”. Una teoria, cioè, che non si dichiara empirica solo per distinguersi da filosofie più o meno “metafisiche”, ma al fine di usare conoscenze empiriche (storiche, economiche, linguistiche...). Qui,

peraltro, non ci si può nascondere l'esistenza di un problema, che chiamerò dilemma della specializzazione.

Ai tempi di Tarello, un filosofo del diritto che volesse progredire nella carriera, almeno dalle nostre parti, doveva scrivere un libro storico e uno teorico. Allora non era così eccezionale, voglio dire, essere giurista e teorico e sociologo e storico, come lo era lui. Certo, poi lui stesso chiedeva specializzazione agli allievi, anche per comporre quel mosaico che sono le prime annate dei *Materiali*; di più, lui stesso si sforzava di rispettare le specializzazioni, calandosi di volta in volta, camaleonticamente, nei panni di vari specialisti.

Così Tarello riuscì quasi sempre a evitare i rischi della tuttologia (tutti si occupano di tutto, beninteso al prezzo di formulare solo vaghe generalità) e del benaltrismo (si eludono i problemi di volta in volta discussi assumendo che le cose importanti siano sempre altre). Eppure anche lui fu colpito dal dilemma della specializzazione, che potrebbe formularsi così, nei termini dell'opposizione fra volpi e ricci: sapere male un po' di tutto, oppure sapere bene una cosa soltanto, magari neppure così grande, e nota solo a noi.

Per fare un solo esempio, ma abbastanza conosciuto da non aver bisogno di citazioni, a Tarello capitò di tenere una relazione sul tema dell'ordinamento giuridico, e di uscirsene affermando l'inutilità dell'espressione, inesistente o intraducibile in altre lingue, e a suo dire usata da Santi Romano, Hans Kelsen e Norberto Bobbio soprattutto al fine, ideologico, di "occultare le contraddizioni". Subito Bobbio lo tacciò di irrazionalismo, poi gli chiese: se teorici pluralisti occultano le contraddizioni, cosa mai faranno i teorici monisti?

Tarello aveva torto, e Bobbio ragione, sotto molti profili. Intanto, una cosa è giocare al gioco della teoria, un'altra a quello della caccia delle ideologie, o della storia delle idee. Poi, era già noto all'inventore della nozione stessa di *Werfreiheit*, Max Weber, che nelle scienze sociali tutte le teorie sono orientate a valori, sicché risulta stucchevole accusare di ideologicità le teorie che non ci piacciono. Infine, dev'essere pur possibile giocare al gioco della teoria, senza risalire al livello della meta-teoria, o della meta-meta-teoria, o ancora più in su.

Eppure, da un lato, Tarello avrebbe potuto ammettere che tutta l'ideologicità delle operazioni di Romano, Bobbio e Kelsen si risolveva proprio nella pretesa di fare della teoria "pura", meramente giuridica, elevando il livello di astrazione del discorso dottrinale sino a rendere possibile *qualsiasi* interpretazione ideologica. D'altro lato, avrebbe potuto insistere che teorie formaliste come quella di Romano devono proprio alla loro "purezza" giuridica la compatibilità con interpretazioni tanto liberali quanto fasciste.

Volendo, per una volta, essere caritatevole con gli amici, invece che con i nemici, dirò allora che persino nella caccia alle ideologie si manifesta il *contestualismo* di Tarello: l'«esigenza che pare (almeno a me) la più importante: [...] chiarire (prima di ogni altro discorso) chi usa una parola, e quando, e a qual fine, e

a quali condizioni, e in quale compagnia» (*Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, 87). Con la precisazione che “contestualismo”, oggi, evoca sia la pragmatica linguistica sia il pragmatismo teorico.

Dopo la svolta pragmatica in linguistica, cioè, suona ovvio osservare che il linguaggio può considerarsi solo come discorso in uso. Meno ovvio, forse, è notare che lo stesso vale anche per il discorso teorico: il quale, lungi dal poter mai rispecchiare semplicemente la realtà contribuisce sempre a cambiarla. È questa la vera eredità del giusrealismo storico, specie statunitense: non l’ossessione avalutativa di ascendenza scandinava, semmai la consapevolezza dell’orientamento pratico di ogni teoria, per quanto “pura” o avalutativa.

Penso alla teoria del diritto in genere, che può attingere all’avalutatività solo divenendo consapevole dei propri presupposti e conseguenze normative. Concetti, problemi e teorie giuridiche acquistano senso solo nel contesto di situazioni del diritto quali – per stilizzarle à la Maurizio Fioravanti – gli stati giurisdizionale, legislativo e costituzionale. Il problema della validità, ad esempio, acquista senso solo nello stato legislativo, e solo nello stato costituzionale la validità deve rigorosamente distinguersi dall’esistenza o vigenza.

Ma penso pure alla teoria dell’interpretazione, e in particolare al suo cuore, l’interpretazione giudiziale, che è duplicemente contestuale. Per la selezione del tema, intanto: teorici di *common law*, tradizionalmente, non si pongono problemi tipicamente continentali come quello della scienza giuridica. Per il suo stesso oggetto, poi: mentre l’*adjudication* di *common law* è più orientata ai fatti del caso e dunque al *contesto* propriamente detto, l’interpretazione della legge, ordinaria e costituzionale, è più orientata al testo e al suo *cotesto*.