

ASSIOLOGIA E SCIENZA DEL DIRITTO

Sommario: 1 I concetti giuridici e il pregiudizio scientifico 2 Critica dell'essenzialismo deontologico e diritto naturale 3 Critica dell'essenzialismo realistico 4 Concetti giuridici e conflitti di interessi Significato della giurisprudenza degli interessi contro il formalismo giuridico 5 Teleologia e assiologia nella determinazione dei loro rispettivi significati 6 Finzioni giuridiche Il problema del tempo nell'esperienza giuridica Tempo culturale e assiologico e tempo obiettivato nello spazio 7 Verità scientifica e validità assiologica e culturale "Razionale" e "ragionevole" nell'esperienza giuridica 8 Ambiente assiologico e coscienza Alterità della coscienza e spazio culturale Le condizioni della ricerca e del dialogo nel campo culturale e assiologico

1 Il significato dei concetti giuridici dipende dalle loro componenti assiologiche. Questa è la tesi che qui si vuole sostenere e illustrare. Si tratta di superare sotto questo aspetto, e in qualche modo, il distacco e il divorzio di assiologia e scienza del diritto, dominante in alcuni settori del pensiero filosofico e giuridico contemporaneo. Distacco e divorzio contro il quale molti scienziati del diritto peraltro tentano oggi di reagire.

Da un lato il regno dei valori, dei fini e degli interessi fondamentali, delle valutazioni pratiche e della cultura, d'altro lato il regno dei concetti giuridici. Quanto più le due sfere sono separate, tanto più la scienza ci guadagna. Bisogna che la scienza giuridica si ponga al di fuori dei valori per essere il più possibile scienza. Ma così ragionando si resta, secondo me, dominati da un pregiudizio, in contrasto con quella che dovrebbe essere una visione spregiudicata della funzione concreta dei concetti giuridici. Si tratta di un pregiudizio che potremmo chiamare "scientifico" in virtù del quale la scienza del diritto è pensata sul modello delle scienze naturali. Questo pregiudizio presso i giuristi può trovarsi implicitamente o esplicitamente accompagnato a prospettive essenzialistiche in senso giusnaturalistico o in senso realistico, oppure a prospettive convenzionalistiche come reazioni a posizioni essenzialistiche.¹

Prospettive essenzialistiche, secondo un modo di dire ormai

¹ Anche per gli autori citati, rimando al mio: *Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico* in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civ.", 1961, pp. 129-167.

abbastanza diffuso, sono quelle per cui si crede che ciascun concetto giuridico fondamentale debba corrispondere a una entità che sia giuridica in sé e per sé ancora prima di essere valutata e concettualmente espressa dal giurista e dall'operatore giuridico. Così inteso l'essenzialismo può assumere per l'appunto una configurazione giusnaturalistica e deontologica o una configurazione realistica-empirica.

2 Dal punto di vista di un essenzialismo deontologico e giusnaturalistico, i concetti giuridici fondamentali, elaborati dal giurista positivo, sono tanto più veri quanto più si adeguano a una presupposta realtà razionale a un ordine universale di idee e di forme. La forma cui dovrebbe adeguarsi il concetto giuridico per essere vero, è pensata come deducibile da un principio assoluto e incondizionato o da un sistema unico di principi universali dell'agire umano razionalmente evidenti o intuibili.

Secondo questo schema, più o meno ricorrente, nonostante tutte le sue variazioni, nella storia delle idee e delle istituzioni sociali, il diritto naturale, ad esempio, implica l'idea di una giustizia naturale, come sistema unico di principi o di criteri di valutazione, deducibili dalla ragione nei quali si esprimono i fini ultimi delle azioni umane: fini universali ed eterni, superiori a ogni interesse particolare e contingente e ai quali ogni interesse particolare deve essere subordinato. La verità e la validità dei vari istituti e dei concetti fondamentali elaborati dai giuristi, derivano dalla loro adeguazione a concetti fondamentali *a priori* che sono concepiti sistematicamente in funzione di criteri di giustizia universali e assoluti, deducibili dalla ragione.

Senonché, è possibile che un'idea — o un'essenza — assoluta, incondizionata e immutabile di giustizia funzioni effettivamente come guida d'azione? Non credo sia possibile. Qualunque formula razionale e *a priori* in cui si voglia esprimere l'ideale della giustizia, non serve a funzionare come guida di azione.

Si dica pure che la giustizia è eguaglianza. Ma la parola eguaglianza esprime di volta in volta il risultato di un'astrazione che viene operata su certe diseguaglianze. Il suo significato in pratica dipende sia dal campo prescelto sia dal punto di vista da cui ci si mette a operare tale astrazione. Non ha senso parlare di eguaglianza assoluta e illimitata. Ad esempio, la costitu-

zione italiana sancisce l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Ma in una recente sentenza della Corte costituzionale si è sentito il bisogno di precisare che non si tratta di eguaglianza assoluta e illimitata.

Ogni formula della giustizia si rivela adiafora e poco utile rispetto alle valutazioni concrete dei comportamenti umani ed è per così dire vuota perché riempibile di contenuti diversi e opposti "A ciascuno il suo", oppure "a ciascuno secondo il suo merito" o "secondo le sue capacità". Ma come stabilire, una volta per tutte, la gerarchia di questi e di tanti altri simili criteri?

E' più giusto che io sia libero di lavorare più del mio vicino o è più giusto che io non faccia più degli altri per non obbligare gli altri a cercare invano di fare più di quanto possano? A deciderci qui non serve evidentemente neppure il principio del rispetto della dignità e dell'autonomia della persona, proclamato anche recentemente come sommo criterio di giustizia,² e come misura della validità del diritto positivo. Nei conflitti di visioni del mondo, di fini e di valori ritenuti come fondamentali che caratterizzano così fortemente anche la nostra epoca, ciascun criterio di giustizia può essere inteso e applicato in maniere fra loro diverse e contrastanti. L'espressione stessa "dignità e autonomia della persona" può essere invocata nelle maniere più diverse e con limiti differenti a coprire interessi e fini fondamentali fra loro contrastanti. Non c'è insomma un'idea assoluta di giustizia che possa efficacemente funzionare come guida d'azione, la quale sia alla base di un ordine ideale di concetti a cui i concetti elaborati in concreto dal giurista debbano corrispondere. La verifica della verità di un concetto giuridico non può essere comunque costituita da un procedimento di adeguazione a un ordine assoluto e incondizionato di idee.

3 Contro l'essentialismo deontologico, l'essentialismo realistico prescinde da ogni riferimento a un ordine ideale, per lo meno secondo le intenzioni di alcuni autori. I concetti giuridici sono veri quando corrispondono alle situazioni di fatto per cui vengono costruiti, quando il giuridicamente costruito corrisponde al giuridicamente dato. Ma l'essentialismo rea-

² Vedi, ad esempio, H. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus* in "Festschrift für H. Niedermeyer zum 70. Geburtstag", Göttingen, 1953, p. 293.

listico che poi è rappresentato da illustri giuristi, si avvolge in un circolo vizioso di preposterità. Il cosiddetto fatto o i fatti o le situazioni di fatto hanno bisogno di concetti attraverso i quali siano determinati e individuati. Non esiste il puro fatto già determinato giuridicamente prima e al di là del concetto. Il fatto acquista giuridica rilevanza, determinazione e distinzione, attraverso processi di valutazione e concettualizzazione.

Questi procedimenti da cui sorgono i concetti, derivano secondo alcuni ultimi critici dell'essenzialismo, da scelte di premesse che sono in se stesse arbitrarie o puramente convenzionali e non determinate dalla necessità di esprimere una presunta realtà in sé dei fenomeni giuridici. I concetti giuridici valgono in quanto sono utili a chi li usa, nel modo in cui vengono usati e nell'ambito delle premesse puramente convenzionali del discorso in cui si trovano inseriti. Non ha senso, per esempio, parlare del concetto vero di azione (in senso processuale) come concetto universale esprimente la realtà in sé dell'azione. Al di là dei caratteri particolari dell'azione, inerenti alle varie situazioni in cui la parola "azione" è usata, non c'è un significato generale e universale di azione.

Si potrà per astrazione e prescindendo da ogni carattere particolare, pensare che l'essenza universale dell'azione consista nella facoltà "di far valere delle pretese, quali si siano, in un modo quale si sia (facendosi giustizia da sé, in via d'istanza amministrativa, in via di ricorso al giudice)". Ma questo presunto concetto universale di una "pretesa" individuale fatta valere in un modo qualsiasi, avrà perduto ogni utilità pratica avendo perduto quei suoi particolari caratteri in virtù dei quali il suo uso è utile.³ In definitiva non ci sono essenze giuridiche universali nelle quali i concetti elaborati dai giuristi possono trovare la misura e il modello della loro validità. La validità dei concetti giuridici consiste soltanto nell'utilità dei loro rispettivi significati d'uso. Un concetto vale in quanto è utile ai fini di chi lo propone e di chi lo usa. Anche in Italia recentemente, contro ogni forma di essenzialismo deontologico o realistico, alcuni giuristi hanno dimostrato una decisa tendenza a risolvere la validità dei concetti giuridici nella loro utilità. Senonché mentre l'appello all'utilità può servire contro l'essenzialismo, non può

³ A. C. JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici* in "Rivista del diritto commerciale", 1945, p. 159.

servire, io credo, a eliminare dalla sfera dei concetti giuridici ogni implicazione assiologica. Utile a quale scopo, a quale fine?

4 Se non si accetta una visione essenzialistica dei concetti giuridici, bisogna accettare una visione finalistica. Per non essere inutili espressioni verbali, i concetti giuridici devono servire a qualche cosa. A che cosa?

Credo che tutti possano essere d'accordo sul fatto che i concetti giuridici per essere validi, devono servire direttamente o indirettamente come strumenti a risolvere possibili controversie e conflitti di interessi. Un concetto è giuridicamente utile, quando è utilizzabile ai fini della risoluzione di un conflitto di interessi o direttamente oppure indirettamente attraverso la sua relazione con altri concetti nel contesto in cui si trova inserito. Tolta la rappresentazione della possibilità di conflitti di interessi da risolvere e da comporre, l'esperienza giuridica perde ogni sua autonomia e consistenza rispetto ad altre forme dell'attività umana. L'attività giuridica si riduce a pura attività morale, oppure, secondo i punti di vista, ad attività economica o a qualche cosa d'altro, perde cioè ogni suo specifico significato agli occhi di chi non la consideri in rapporto alla rappresentazione, più o meno implicita o esplicita, di conflitti di interessi e alla conseguente intenzione di comporli e di risolverli. La legge stessa, come pura volizione di una classe d'azioni, forse non si distingue sostanzialmente da un semplice programma d'azione individuale. Agire secondo la legge è agire per i propri fini e interessi particolari o per fini universali. Sotto questo aspetto se si toglie l'intenzione di evitare o di comporre o di risolvere, in certi modi, possibili conflitti di interessi, non ci sono azioni giuridiche, ma ci sono soltanto azioni economiche⁴ o morali⁵.

A prescindere da tutta la molteplicità degli aspetti in cui si è manifestato il contrasto di giurisprudenza dei concetti e di giurisprudenza degli interessi che concerne l'interpretazione della legge, i sostenitori della cosiddetta giurisprudenza degli interessi hanno avuto — io credo — il merito di inserire nella rappresentazione stessa della struttura della norma giuridica la rappresentazione della composizione di possibili conflitti di

⁴ Cfr., ad esempio, B. CROCE, *Filosofia della pratica*, 6ª ediz., Bari, 1950, pp. 346-357.

⁵ Cfr., ad esempio, G. GENILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, 3ª ediz., Firenze, 1937, p. 90 e ss.

interessi Per cui la *Gebotsseite* della norma giuridica non esprime e non esaurisce tutta la struttura della norma giuridica La struttura della norma giuridica non è soltanto precettiva e non è soltanto formale La struttura della norma giuridica può apparirmi *prima facie* come precetto, ad esempio non si deve rubare Oppure può apparirmi come relazione formale fra un presupposto e una conseguenza chi ruba sarà punito Ma c'è anche una *Interessenseite* della norma ⁶ C'è un significato della norma, inerente alla sua *Interessenseite*, che si rende esplicito nel momento in cui la norma deve essere applicata Di fronte a un concreto conflitto di interessi qual'è dal punto di vista della norma l'interesse prevalente e l'interesse cedente?

Il formalista (intendendo naturalmente questo aggettivo in uno dei suoi vari significati) potrà dire che l'*Interessenseite* non riguarda la struttura della norma e non riguarda di conseguenza neppure i concetti elaborati dalla scienza del diritto, ma riguarda soltanto l'interpretazione della norma, interpretazione che, dal punto di vista di un certo tipo di formalismo, può essere considerata soltanto come attività pratica e politica e non scientifico-giuridica Invece io credo che l'*Interessenseite* sia *Seite* della norma, inerente e appartenente come tale alla struttura della norma L'obiezione del formalista per me non ha valore proprio per il fatto di presupporre una visione della norma che è limitata al suo aspetto formale, inteso in un certo senso, e che prescinde dal suo aspetto teleologico e assiologico Se previamente si esclude dalla struttura della norma l'*Interessenseite*, è evidente che si debba *separare* la conoscenza della norma dall'interpretazione della norma Ma è proprio tale esclusione che, secondo me, non è accettabile Rigettando l'esclusione è da rigettare la *separazione*

Per conoscere una norma, bisogna conoscere la sua *Interessenseite*, cioè bisogna interpretare il fine della norma nella prospettiva di un rapporto fra interesse prevalente e interesse cedente, il quale appartiene alla struttura stessa della norma Non esiste una norma considerata nel contesto delle norme a cui appartiene, la quale non implichi la rappresentazione di un rapporto fra interesse prevalente e interesse cedente in vista di un possibile conflitto di interessi E non esistono di conseguenza concetti e categorie elaborati dalla scienza giuridica che non

⁶ Cfr, ad esempio, PH HECK, *Die neue Methodenlehre Müller Erzbachs*, in "Archiv für die civil Praxis", 1935, p 270

riflettano, ogniqualvolta siano posti, elaborati o modificati, certe determinate scelte concernenti soluzioni di possibili conflitti di interessi. Ad esempio, il preferire una determinata distinzione di "diritto soggettivo" e "potere" contro una distinzione diversa, significa ovviamente scegliere certe determinate soluzioni di conflitti di interessi in luogo di altre ⁷

Tuttavia, se è vero che i concetti giuridici valgono in quanto servono a risolvere certi determinati e possibili conflitti di interessi, d'altro lato è anche vero che nei tribunali in un modo o nell'altro alla risoluzione di conflitti di interessi si arriva sempre. L'elaborazione dei concetti giuridici non avrebbe pertanto senso se si trattasse di risolvere conflitti di interessi in un modo qualunque, pur di risolverli. Il significato della elaborazione dei concetti giuridici dipende quindi dalla tendenza a fare prevalere certe soluzioni piuttosto che altre, e quindi dalla tendenza a fare prevalere di volta in volta certe determinate soluzioni di conflitti di interessi che siano considerate migliori. Oggi, ad esempio, si cerca di rielaborare la teoria del contratto liberandola da alcuni presupposti giusnaturalistici, per renderla più aderente a certe direttive e tendenze implicite nella prassi giurisprudenziale. Con ciò si cerca in definitiva di determinare una teoria contrattuale che sia la migliore possibile rispetto alla realizzazione di certe finalità concernenti la risoluzione di conflitti di interessi, corrispondenti a nuove esigenze ambientali ⁸

Eliminato l'essenzialismo deontologico e l'essenzialismo realistico ai quali mi sono prima riferito schematicamente, si presenta dunque nell'ambito della natura stessa dei concetti giuridici il loro carattere teleologico e assiologico. Teleologia e assiologia sono implicate sotto questo aspetto nel lavoro stesso di elaborazione concettuale della scienza giuridica. Escluso ogni supporto essenzialistico, si pone il problema del carattere intenzionale — teleologico e assiologico — dei concetti giuridici.

5 Si può parlare di teleologia nel senso che un concetto giuridico per essere valido, deve poter servire al fine intenzionale della sua elaborazione, deve servire al *telos* che ne costituisce la direttiva di formazione. Ma non si può per

⁷ Cfr., ad esempio, SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 172, e ss.

⁸ Cfr., ad esempio, l'opera di G. GORIA, *Il contratto* in 2 voll., Milano, 1955.

l'appunto parlare di teleologia senza riferirsi a una prospettiva assiologica. Sembra infatti impossibile poter pensare — a un interesse o — a un fine isolato in se stesso, al di fuori di ogni ordine di interessi e di fini che siano fra loro in rapporti di subordinazione o di correlazione. Un fine può essere pensabile e attuabile come subordinato a un altro fine in modo che la sua realizzazione costituisca un mezzo per il conseguimento di un fine ulteriore. Oppure *un fine può essere pensabile e attuabile come fine ultimo, cioè come tale da non potere a sua volta essere assunto come mezzo in rapporto alla realizzazione di fini ulteriori*. La parola "valore" può per l'appunto essere usata a indicare un fine ultimo. Praticamente ogni serie di fini, effettivamente attuabili e suscettibili di essere assunti come mezzi per le realizzazioni di fini ulteriori, può implicare e presupporre valori, cioè essere condizionata da un mobile orizzonte assiologico. Credo che ogni prospettiva teleologica sia condizionata, implicitamente o esplicitamente, in maniere diverse secondo le diverse situazioni, da orizzonti di valori storicamente mutevoli. In questo senso il significato della parola "assiologia" e un significato, ormai abbastanza comune, attribuito alla parola "cultura" si integrano reciprocamente. La parola cultura può essere usata a indicare un ambiente sociale in rapporto ai valori che di volta in volta lo caratterizzano. Così intesa la cultura condiziona i processi di formazione e di trasformazione dei concetti giuridici. Nel significato di un concetto giuridico sono infatti implicate, come si è visto, le finalità pratiche di chi lo usa e di chi lo propone. Ma queste finalità pratiche non sono per l'appunto concepibili come puri fini assolutamente particolari e arbitrari proprio in quanto sono collegate al contesto culturale di fini, di interessi e di valori al quale appartengono e dal quale, per così dire, emergono.

6 Se si prescindere da una visione storica, assiologica e culturale della natura dei concetti giuridici, ci si trova in dubbiamente di fronte a difficoltà insuperabili. Difficoltà insuperabili in cui si imbatte ogni visione scientificistica dei concetti giuridici, ogni considerazione, ad esempio, dei concetti giuridici come proposizioni esclusivamente empirico-descrittive. Ci sono infatti concetti giuridici che, presi in senso descrittivo, non sembrano esprimere situazioni ed elementi empiricamente verificabili. Perciò in certi casi si è portati a parlare di

finzioni e ad abusare del significato che si attribuisce alla parola "finzione"

Si intenda per finzione ciò che non corrisponde alla realtà alla quale dovrebbe in certo senso corrispondere proprio per non essere finzione. Ebbene, certi concetti che sembrano finzioni in quanto non hanno un significato "fattizio" o "referenziale" o descrittivo, empiricamente verificabile, hanno invece un significato culturale, teleologico e assiologico nel senso ridetto, cioè ricavano il loro significato dai fini per cui vengono usati. Il loro uso si riconnette sì necessariamente alla rappresentazione e alla previsione di certe situazioni di fatto suscettibili di descrizione, tuttavia i loro rispettivi significati non risultano e non traggono la loro diretta validità dalla descrizione di tali situazioni.

Forse tutti i concetti giuridici dovrebbero essere considerati come finzioni se i loro significati non fossero culturali e non dipendessero dalle finalità per le quali sono di volta in volta usati, se tali finalità non fossero quelle che emergono dalla realtà di campi e di ambienti culturali i cui limiti sono per l'appunto rispettivamente costituiti da orizzonti circoscriventi di finalità ultime e di valori. Sotto questo aspetto un certo abuso nell'attribuzione del carattere di finzione ai concetti giuridici potrà per l'appunto dipendere alle volte da una prospettiva impropria che non tenga calcolo della natura culturale e assiologica di tali concetti e li consideri come puramente descrittivi di situazioni empiricamente osservabili e sperimentabili.

Ad esempio, se non si tiene calcolo della natura prevalentemente storico culturale e assiologica dei concetti giuridici, non soltanto l'accettazione di una promessa, consistente nel mero silenzio o nel mancato rifiuto (vedi art. 1333 del codice civile italiano), sembra essere una mera finzione⁹. Finzione sembra essere la stessa nozione generale di contratto come accordo di volontà che vincola le volontà future dei contraenti creando per essi obblighi e diritti. Sul piano di una pura descrizione di fatti è facile dimostrare che nella maggior parte dei casi in cui si parla di contratti, un accordo, psicologicamente effettivo e cosciente, spesso non esiste interamente.

⁹ Cfr. GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale* in "Rivista di diritto commerciale", 1956, estr., pp. 78.

Tale presunto accordo non è poi sufficiente alla validità del contratto, né è sempre necessario a produrre ciò che in vari casi è considerato come convenzione in senso giuridico ¹⁰

Dal punto di vista psicologico, empirico-descrittivo, un accordo, come coincidenza perfetta e quasi matematica di due intenzioni o di due volizioni, sembra costituire una evidente impossibilità naturale. Dal punto di vista del tempo fisicamente considerato ¹¹ o dal punto di vista di una successione temporale omogenea e continua o di una continuità presente ¹² o di una temporalità comunque concepita come obiettivata nello spazio, ¹³ non si spiega in che modo una volizione possa costituire un vincolo e un obbligo rispetto a un'altra volizione successiva: appare impossibile e assurdo che una volizione presente e concreta debba necessariamente essere vincolata e astretta da una volizione passata ¹⁴. Per uscire da questa impossibilità e per evitare ogni assurdo, bisogna in qualche modo passare da una prospettiva fisica a una prospettiva culturale e assiologica del tempo e pensare quindi alla possibilità di una integrazione delle forme temporali, come compenetrazione o "interpenetrazione" ¹⁵ e "intensione" ¹⁶ di passato, presente e futuro.

Dal punto di vista di tale prospettiva, culturale e assiologica, passato e futuro hanno una loro irriducibile positività: sono rispettivamente irriducibili al presente, non svaniscono nella continuità del presente, ma, in un certo senso, metaforicamente parlando, si organizzano col presente (Come poi sia possibile questa integrazione e compenetrazione delle forme temporali —l'una all'altra irriducibile nella sua pro-

¹⁰ Cfr M. DJUVARA, *L'Idée de convention et ses manifestations comme réalités juridiques*, Bucaresti, 1941, p. 5.

¹¹ Cfr, ad esempio, L. DE BROGLIE, nella trad. ital. *I quanti e la fisica moderna*, Torino, 1942, p. 12.

¹² Secondo il punto di vista a cui, ad esempio, si riferisce criticamente J. MACMURRAY in *Reason and Emotion*, London, 1935, p. 274.

¹³ Come è intesa criticamente da H. BERGSON in *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, 1948, (68ª ed.), p. 56 e ss.

¹⁴ Cfr, ad esempio, D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, III, 2, 5, ediz. a cura di L. A. SELBY BIGGE, Oxford, 1946, p. 516 e nella vasta letteratura più recente, W. SCHUPPE, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie*, Breslau, 1881, p. 304 e ss.

¹⁵ BERGSON, *op. cit.*, p. 95 su cui J. P. SARTRE, *L'être et le néant*, Paris 1943, (47ª ed.), p. 151.

¹⁶ Cfr, P. CARABELLESE, *Critica del concreto*, Firenze, 1948, 1ª ed., 1921), p. 118.

pria rispettiva positività— e con quali argomenti e per mezzo di quale tipo di discorso sia spiegabile, è un problema che resta al di fuori dei limiti della presente nota. È un problema di fondo intorno a cui si dibatte il pensiero contemporaneo in alcune sue più significative espressioni. Contro ogni semplicismo antifilosofico e pseudoscientifico, ciò che qui importa, è tenere aperto il problema della “interpenetrazione” delle forme temporali nell’ambito dell’esperienza giuridica, o almeno non eluderne la presenza.)

Se insomma non si tiene calcolo della irriducibilità del tempo culturale e assiologico alla continuità irreversibile del tempo fisico spazializzato, se si prescinde dalla “interpenetrazione” delle forme temporali, per cui in un certo senso sia possibile pensare alla positiva presenza e prevalenza di una forma temporale sull’altra, promesse, contratti e convenzioni restano incomprensibili. Resta incomprensibile ogni specie di prevalenza della volontà passata sulla volontà presente, appare impossibile e irrealistico la coincidenza e l’accordo di due volontà: la legge stessa, in quanto espressione in un certo senso di una volontà passata e, in un altro senso, di aspettative rivolte al futuro, sembra essere una pura e irrealistica astrazione.

L’ “interpenetrazione” delle forme temporali, cioè appunto il tempo culturale, non è peraltro riducibile a una fusione dinamica e armonica di stati di coscienza nel senso bergsoniano. Proprio perché, ripeto, il processo di integrazione e di “interpenetrazione” delle forme temporali non esclude ma implica in se stesso situazioni diverse di prevalenza di una forma temporale sull’altra, ragione per cui la temporalità nel campo della validità giuridica non ha il carattere di una continuità omogenea e irreversibile. Il “prima” può avere in certi casi una validità prevalente sul “dopo” ad esempio, “prior tempore potior iure”, viceversa, in altri casi, il “dopo” può prevalere, in un certo senso, sul “prima” ad esempio, “lex posterior derogat legi priori”¹⁷

Proprio per queste possibilità di prevalenza di una forma temporale sull’altra nell’ambito della sintesi integrativa delle forme temporali, il tempo dell’esperienza giuridica coincide insomma, per così dire, con il ritmo stesso delle azioni umane.

¹⁷ Cfr., K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950, p. 106.

Proprio per ciò si tratta di tempo culturale, e non soltanto di tempo obiettivato nell'estensione spaziale.

Nei discorsi giuridici la considerazione e la misurazione del tempo sono condizionate di volta in volta, implicitamente o esplicitamente, dall'intento di integrare fra loro interessi diversi o di risolvere conflitti di interessi

Così inteso, il tempo culturale è in definitiva la condizione stessa che ci permette di pensare ai fenomeni giuridici in quella loro concretezza funzionale la quale sfugge a una visione puramente formale

7 Certamente ogni concetto giuridico è suscettibile di essere verificato analiticamente e formalmente nella sua coerenza rispetto agli altri concetti con i quali è in relazione e rispetto alle premesse del discorso in cui si pone. Un qualunque discorso per essere efficace, deve essere coerente e la coerenza è suscettibile di prova analitica e razionale

La tendenza stessa che più o meno si rivela in ogni particolare scienza giuridica —specialmente nel pensiero giuridico continentale—, di porsi come teoria generale del diritto attraverso l'elaborazione di concetti generali, mediante discorsi sempre più organici e onnicomprensivi, è una esigenza di coerenza e di unità sistematica

Ragioni di coerenza sistematica impongono, ad esempio, a chi propone la modificazione e la rielaborazione di un concetto giuridico, di modificare e rielaborare altri concetti che siano rispetto a esso relativi. Così la critica e la revisione del concetto di diritto soggettivo per opera di Duguit ha portato necessariamente questo autore a trasformare o modificare una serie di altri concetti giuridici da lui ritenuti fondamentali. La rielaborazione del concetto di autonomia, fatta in Italia da Santi Romano, ha avuto, nell'ambito del pensiero di questo medesimo autore, una influenza modificatrice su altri concetti e figure giuridiche fondamentali. Così ancora, ad esempio, se si considera utile tecnicamente una concezione normativa del negozio giuridico, e si parla di norme necessariamente create dalle volontà dei contraenti o dalla volontà di un promittente, non credo si possa coerentemente accettare, nell'ambito del medesimo discorso e della medesima teoria, una certa concezione generale della norma giuridica come volontà e come comando

Ma con tutto ciò resta evidente che la coerenza —e razionalità— sistematica è pur sempre in certo senso soltanto mezzo e condizione di attuazione delle funzioni dei concetti giuridici, non si identifica coi loro rispettivi significati funzionali. Il fine—il significato teleologico e funzionale di ogni concetto giuridico —non è riducibile alla razionalità sistematica del discorso a cui il concetto appartiene.

Dove c'è fine c'è scelta. La scelta di un fine potrà essere più o meno ragionevole. Ma il "ragionevole" non si riduce al "razionale" in senso strettamente scientifico, analitico e sistematico, matematico o empirico. In questi sensi "razionale" è ciò che è verificabile come vero (o come falso) in base a metodi di controllo e di verifica adottati da chi si propone di svolgere una ricerca scientifica. Sul piano della razionalità scientifica, strettamente e rigorosamente intesa, fra il vero e il falso non esiste una differenza di più o di meno ma una differenza di sì o di no. Invece per ciò che concerne la scelta di un fine, si può parlare di più o meno ragionevole.

E' scientificamente vero un concetto quando è realizzabile la previsione che su di esso si può fare. E' vero che l'acqua bolle a cento gradi perché ciò si realizza nelle condizioni previste, indipendentemente dalle finalità pratiche dei soggetti sperimentanti. Un concetto giuridico è invece valido in relazione al fine di chi lo propone e lo usa. Il suo carattere di ragionevolezza resta contraddistinto dalla possibilità di essere oggetto di consenso o di assenso pratico da parte di altri giuristi, legislatori, giudici, uomini della strada, ecc.

Si intenda per assenso pratico quello che si manifesta in una disposizione ad agire, distinto dall'assenso teorico il quale equivale a credere che qualcosa sia vero. Ora, ad esempio, il fine che io scelgo proponendo la modificazione di un concetto giuridico, è tanto più pensabile come ragionevole quanto più è pensabile rispettivamente come fine delle azioni di altri individui (quanto più per l'appunto è pensabile come suscettibile di assenso pratico da parte di altri, disposti effettivamente a usare il medesimo concetto nella forma e nelle condizioni da me proposte). Quanto più è prevedibile questa possibilità di alterità e di comunicabilità del fine, tanto più esso è pensabile come ragionevole.

Il giudizio di ragionevolezza di un comportamento o di un concetto rispetto alla implicita o esplicita scelta del fine che

lo determina, appare così condizionato da processi comunicativi assai complessi che si attuano e si manifestano attraverso forme psicologiche di "sdoppiamento" e di "reintegrazione". Ciò implica, ad esempio, che chi giudica in termini di ragionevolezza, debba mettersi nella situazione di uno spettatore reale o ipotetico dell'azione da giudicare, o nelle situazioni delle persone reali o ipotetiche che ne ricevano gli effetti, oltre che nella situazione di chi ha compiuto l'azione.

Chi giudica della validità di un concetto giuridico, deve mettersi dunque dai punti di vista degli altri che possano usare il medesimo concetto nelle condizioni previste, ma, d'altra parte, deve nello stesso tempo considerare i punti di vista e le situazioni degli altri dal proprio punto di vista e sulla base della sua propria situazione. A sua volta questo suo punto di vista per non decadere in opinione individuale e arbitraria, ha bisogno, di nuovo e continuamente, di essere sostenuto da una partecipazione ai punti di vista altrui: sdoppiamento e reintegrazione, reintegrazione e sdoppiamento.

Si tratta dunque di processi di reciproca e dinamica implicazione di due momenti dell'attività giudicante che non possono mai dirsi conclusi e definiti una volta per sempre. Al di là di una qualunque visione statica e formale delle concettualizzazioni giuridiche, questi processi costituiscono la dialettica interna di formazione e di continua trasformazione, lenta o rapida, dei concetti giuridici.

Ogni giudizio in termini di ragionevolezza non può mai essere definitivo e chiudersi in definizioni per sempre valide. I fenomeni culturali in genere sono validi più o meno finché durano attraverso forme di partecipazione e di comunicazione: i loro significati emergono dalle loro rispettive azioni comunicative e non esistono al di fuori di esse. La verifica della loro validità è data dalla loro durata comunicativa.

Dal punto di vista che qui si sostiene, sembrano dunque vani tutti i tentativi di porre la dottrina del diritto in una sfera di obiettività scientifica pura, indifferente al mutare delle situazioni culturali, storiche e sociali. La implicita o esplicita negazione di un rapporto di immanenza fra cultura e scienza del diritto, la prospettiva di una "scienza pura" del diritto, distaccata e autonoma nei confronti di finalità, valori, ideologie, ecc., tutti i tentativi di realizzare una perfetta autonomia scientifica della dottrina giuridica sul modello delle

scienze naturali, sono, essi stessi, conseguenze, come si potrebbe facilmente dimostrare con esempi concreti, della scelta e delle scelte di certi determinati presupposti culturali e ideologici. Ebbene, la ricerca che tenda nei vari casi a determinare e individuare tali presupposti è — io credo — preferibile alla illusione di potersi porre al di fuori di essi. E se anche i risultati di una tale ricerca non potessero essere in un certo senso così rigorosi come si vorrebbe, è pur sempre “preferibile aver ragione in termini vaghi anziché sbagliare con tutta precisione”

In conclusione, ripeto, il problema dei fini e delle finalità ultime, cioè, secondo me, il problema assiologico, non concerne soltanto il sorgere della legge, o l'interpretazione della legge, o i criteri di giudizio di validità della legge indipendentemente dalla formazione o dall'uso dei concetti elaborati dalla dottrina giuridica e dalla giurisprudenza.

Le finalità fondamentali, storicamente variabili, che di volta in volta caratterizzano il mobile orizzonte circoscrivente dell'ambiente culturale nel quale il giurista opera le sue scelte, e che non entrano nelle valutazioni in termini di giustizia degli operatori giuridici, sono *implicate* direttamente e indirettamente nelle formazioni e nei significati d'uso dei concetti giuridici.

Non si tratta di una implicazione puramente formale per la quale, ad esempio, dire che “ A_1 implica A_2 ” equivale a dire che “ A_1 e *non*- A_2 ” è incongruente o autocontraddittorio, o logicamente impossibile, ecc.¹⁸ Non si tratta di implicazione rappresentabile dal punto di vista puramente formale proprio perché si tratta del rapporto (inscindibile) di elemento assiologico e di elemento formale. Si tratta quindi anche conseguentemente del rapporto e della reciproca implicazione di tempo culturale e di tempo fisico secondo la distinzione già qui accennata. Per cui fra l'altro ha una importante ragione d'essere ogni ricerca che sia suscitata dalla seguente domanda.

In quali modi, di volta in volta, nelle singole concettualizzazioni giuridiche, tempo culturale e tempo fisico possono trovarsi fra loro in rapporti di reciproca implicazione?

I significati culturali e i contenuti che nei vari casi queste implicazioni *sui generis* possono assumere, sono senza dubbio

¹⁸ Cfr., P. F. STRAWSON nella trad. ital. *Introduzione alla teoria logica*, Torino, pp. 27-28.

oggetti di un vastissimo e specifico campo di ricerche aperto all'attività del filosofo del diritto come critica assiologica

*
* *
*

8 In questa prospettiva, qui appena abbozzata, concernente la natura dei concetti giuridici intesi nelle loro implicazioni assiologiche, ho usato le parole "cultura" e "assiologia" in modo che il significato dell'una e il significato dell'altra si integrino reciprocamente. Ho usato la parola "cultura" nel senso di "ambiente" caratterizzato da elementi assiologici. Si potrebbe procedere a una ulteriore integrazione di significati adoperando la parola "coscienza": la realtà ambientale e culturale si identifica con la coscienza che l'individuo ha delle proprie possibilità di scelta e di azione.

Coscienza e ambiente: queste due parole, usate insieme in modo da integrare fra loro i loro rispettivi e più comuni significati d'uso, acquistano un significato contrastante sia con una concezione della coscienza umana intesa come pura interiorità individuale, irriducibile all'ambiente sociale ed esteriore in cui l'individuo vive, sia con una concezione dell'ambiente sociale e giuridico inteso come esteriorità spaziale contrapposta all'interiorità della coscienza.

Come coscienza ambientale e culturale, la coscienza di un individuo implica in se stessa, per così dire, la pluralità delle coscienze altrui. Infatti un individuo al di fuori di ogni rapporto con altri individui è impensabile. "Io rimasto assolutamente solo (supposto per un momento che ciò non sia assurdo) avrei nella mia stessa coscienza l'ambiente culturale e sociale nel quale io sarei e nel quale io opererei". La pluralità delle coscienze è insomma implicata in ciascuna coscienza individuale: da questo punto di vista, dire "individualità" equivale a dire "alterità della coscienza". L'alterità, così concepita, non dipende quindi dall'idea di una esteriorità spaziale, contrapposta alla cosiddetta interiorità della coscienza.

A questo proposito non è, perciò, accettabile, secondo me, il punto di vista di Bergson per cui ci sono, come egli diceva, "due io differenti di cui l'uno è come la proiezione esteriore dell'altro e cioè la sua rappresentazione spaziale, e, per così dire, sociale e giuridica"¹⁹ Nella coscienza collettiva, nell'e-

¹⁹ BERGSON, *op cit*, pp 173 174

sperienza sociale e giuridica, svanisce, secondo Bergson, il senso della durata reale — del tempo culturale e concreto —, restano la quantità e il numero che sono in un certo senso l'espressione di una inautenticità, dove è perduto il significato di una libertà vera. "Agir librement, c'est reprendre possession de soi, c'est se replacer dans la pure durée" ²⁰ In questo modo la libertà è stata cercata da Bergson al di là delle relazioni sociali e giuridiche in una illusoria interiorità della coscienza

Invece, secondo il punto di vista qui sostenuto, la libertà che si può in questo mondo più o meno realizzare, e della quale conviene discutere, è la libertà nella — e non al di là della — realtà sociale e giuridica. E' la libertà come scelta delle possibilità offerte all'azione di un individuo in un campo assiologico di possibilità limitato dalle possibilità degli altri. Libertà nella interdipendenza delle azioni umane, dove la valutazione in termini di libertà presuppone valutazioni in termini di rapporti interindividuali, di integrazione di interessi e di fini

Al tempo culturale come "interpenetrazione" delle forme temporali, nel senso che si è visto, è connesso uno spazio culturale. La stessa idea fisica di spazio e l'idea di esteriorità spaziale, presuppongono una molteplicità di soggetti sperimentanti, presuppongono lo spazio assiologico condizionato dalla alterità della coscienza come molteplicità ambientale di soggetti, di interessi e di fini

Proprio l'alterità come pluralità di coscienze, fra loro per certi aspetti omogenee e, per altri aspetti, eterogenee, è forse una ragione imprescindibile sia dei continui contrasti che la storia ci offre, fra visioni assiologiche diverse sia delle relative possibilità di comporre, di volta in volta in qualche modo, tali contrasti. La composizione dei contrasti è resa possibile dal dialogo e dallo sforzo di partecipazione. La fiducia nello sforzo di partecipazione comunicativa può contribuire a salvarci sia dallo scetticismo sia dal dogmatismo. Lo sforzo — e l'impegno — di partecipazione è il valore in atto che contrasta con la rappresentazione dogmatica di un qualunque valore assoluto e incondizionato (presupposto essenzialisticamente come alcunché di statico e di immutabile allo sforzo di partecipazione)

²⁰ *Ibidem*

La mia stessa individualità e singolarità richiede, come diceva Carabellese,²¹ che io mi compenetri con l'altro senza rinunciare a essere io. Se infatti la nozione stessa di soggetto comunicante non implicasse questa possibilità di "penetrazione reciproca", ogni forma di comunicazione e di dialogo non sarebbe neppure pensabile. Ma perché un atteggiamento senza pregiudizi, comunicativo e critico, non si capovolga negando se stesso in un atteggiamento dogmatico, il discorso critico, nel campo assiologico, deve evitare la tentazione di volere esprimere e imporre verità assolute e incondizionate.

Forse più di ogni altra cosa contro questa tentazione, contro ogni forma di dogmatismo e di intolleranza, può salvarci il senso vissuto del mistero. Se infatti proprio crediamo che l'assoluto e l'incondizionato siano mistero, non possiamo di conseguenza dare valore assoluto e incondizionato ad alcun risultato dei nostri discorsi e delle nostre ricerche. Poiché rispetto al mistero è criticamente possibile soltanto il silenzio.

LUIGI BAGOLINI

²¹ CARABELLESE, *Il diritto naturale nel vol. collettivo L'esperienza pratica e le sue forme fondamentali*, Milano, 1942, p. 157.