

SCRITTI GIURIDICI
IN ONORE DI
FRANCESCO CARNELUTTI

VOLUME PRIMO

FILOSOFIA E TEORIA GENERALE DEL DIRITTO



PADOVA

Handwritten signature or mark in the bottom right corner.



CARLO COSSIO

Cattedratico di Filosofia del diritto all'Università di La.Plata e Professore all'Università di Bouenos Ayres.
Membro de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique (Parigi).
Membro de l'Instituto Argentino de Filosofia Juridica y Social.

PANORAMA DELLA TEORIA EGOLGICA DEL DIRITTO



SOMMARIO. — Una nuova sistematica filosofico-giuridica. Proposizioni giuridiche sull'oggetto eidetico. Proposizioni giuridiche sul pensiero valido. Proposizioni giuridiche sulla conoscenza positiva. Proposizioni giuridiche sul senso puro. Il problema perisistemático della gnoseologia dell'errore.

I

UNA NUOVA SISTEMATICA FILOSOFICO-GIURIDICA.

La teoria egologica del diritto è un nuovo punto di vista analitico per investigare, insegnare ed orientarsi nel mondo del diritto. Tenterò di esporla — con il desiderio di facilitarne la comprensione — dividendola in diciotto proposizioni; le quali, eccetto la prima e l'ultima, unite in gruppi di quattro proposizioni, svilupperanno le questioni più importanti dell'ontologia giuridica, della logica giuridica formale, della logica giuridica trascendentale e dell'assiologia giuridica pura. Questa sistematica dei problemi della filosofia del diritto è di tipo egologico. Per ragioni tradizionali, le speculazioni degli studiosi di questa disciplina si aggirano quasi sempre attorno a due problemi: quello dell'essenza del diritto, che i neo-kantiani intesero come problema del concetto; e quello della giustizia pura, inteso come problema dell'idea da quella scuola alla quale tanto deve l'instaurazione autonoma della nostra disciplina.

Ma la teoria egologica non crede che possa svolgersi con profitto una filosofia del diritto a sè stante, come è implicito in quella prospettiva. Infatti, essendo il diritto oggetto dello studio delle diverse scienze giuridiche dogmatiche, la filosofia che tentasse di studiarlo, si porrebbe nel dilemma, o di ripetere ciò che le altre scienze dicono, col vano risultato di una sterile ripetizione, o di negare le loro conclusioni, firmando con questo la propria sentenza di morte.

Sarebbe anche inutile il tentativo di ampliare gli orizzonti di una speculazione a sè sul diritto, perchè ne verrebbe subito una mancanza totale di interesse da parte dello studioso del diritto. Inoltre, cosa sarebbe il diritto a sè? Una delle tre cose: o il diritto che rudimentalmente af-



ferra l'uomo comune col suo buon senso — e questo ben poco può interessare al giurista che si muove su di un piano scientifico ; o lo stesso diritto scientifico del giurista in visione propedeutica, in sintesi successiva a modo di conclusione — e nemmeno questo può risultare interessante perchè si conclude nel dilemma sopraccennato ; o un diritto che non sia quello di carattere positivo che inquieta il giurista — nel qual caso saremmo di fronte alla meritata tragedia del diritto naturale, radiato dalla scienza come un'ideologia, per la sua mancanza di responsabilità scientifica : parlare dell'esistenza senza riferirsi all'esperienza.

Poichè la teoria egologica non crede in una filosofia del diritto a sè, essa sviluppa il suo sforzo verso una filosofia della scienza del diritto ; sarebbe a dire in una filosofia di immediata e diretta utilità per il giurista, in quanto essa riconsidera i presupposti con i quali lavora l'autentico giurista. In tal senso è la scienza dogmatica stessa che indica i problemi della filosofia del diritto. E poichè la filosofia del diritto si trasforma in filosofia della scienza del diritto, sorge una nuova sistematica dei suoi problemi che, schematicamente, si può presentare nel modo seguente.

In primo luogo si dà la riflessione essenziale sull'oggetto che il giurista vuol conoscere, per mostrare quale sia la eidetica che ogni scienza empirica ha per base (ontologia giuridica). In secondo luogo, come contrapposto al precedente, sorge l'esame dello stile o modo di pensare che usa il giurista quando si dedica all'opera sua (logica giuridica formale). In terzo luogo ci interessa la relazione dei due momenti anteriori : cioè a dire, non ciò che il giurista conosce, nè come pensa, bensì quando conosce (logica giuridica trascendentale). Infine, dal momento che il dato empirico delle scienze dogmatiche è valutativo, si deve fare l'esame del senso puro del diritto, cioè del riferimento empirico a ciò che deve essere (assiologia giuridica pura) (1).

Come si può comprendere, la teoria egologica fa perno attorno alle scienze della dogmatica giuridica. Se fa dell'ontologia, per esempio, è solo perchè il giurista si trova di fronte a un oggetto che vuole conoscere. Se fa della logica formale, è solo perchè il giurista utilizza uno stile di pensiero che non è quello di nessun'altra scienza. E così di seguito. Ma sarà sempre la scienza del diritto — e soltanto questa — quella che determinerà

(1) La teoria egologica distingue tre specie di « dover essere », la cui articolazione sistematica permette di vincere le difficoltà che presenta la teoria giuridica : 1) il « dover essere » assiologico, ossia il valore intrinseco di qualcosa per la cui virtù esso merita di chiamarsi diritto. A questo « dover essere » — già intravisto da Kant — si allude nel testo ; 2) il « dover essere » esistenziale, che è la libertà dell'uomo nel suo semplice esistere, la quale però non è un mero « poter essere », come si vedrà più avanti, nei paragrafi X e XIV ; 3) il « dover essere » logico, che è una semplice copula proposizionale che ci permette di pensare con norme, come si mostrerà nel paragrafo VI.



le preoccupazioni della teoria egologica ; l'insieme dei suoi problemi sorge solamente perchè si aggira attorno alla scienza ; l'unità del suo sistema emerge perchè una sola è la scienza che la interessa. La sua aspirazione è di aprire le finestre del recinto in cui lavora il giurista perchè questi renda tematici — dai quattro punti cardinali — le basi su cui poggiano i muri della sua casa. Se il giurista vuole che la sua scienza raggiunga la validità che hanno le altre discipline scientifiche, non può lavorare al buio servendosi soltanto delle mani che gli danno un contatto immediato ; deve anche usare gli occhi, guardando in prospettiva. E ciò significa rivedere i fondamenti di una scienza : aprire le finestre del recinto per guardare fuori e perchè entri la luce.

L'impresa di presentare il contenuto dottrinale fondamentale della teoria egologica in diciotto proposizioni, porta il rischio di rendere falsamente l'immagine che si intende dare. Ma vale la pena di correre questo rischio, perchè in ogni modo la falsificazione si sta producendo. È questo un destino inerente a ogni dottrina che, nel medesimo tempo che rimuove le fondamenta, ha una sufficiente attrattiva per diventare di moda. Molto significativo è, per esempio, che la teoria egologica venga considerata soltanto come un rinverdire della teoria pura del diritto di Hans Kelsen. Il secondo gruppo di proposizioni che seguiranno, avrà il compito di chiarire e saldare il debito che la teoria egologica ha con il fondatore della scuola di Vienna, rimettendo le cose a posto.

II

PROPOSIZIONI GIURIDICHE SULL'OGGETTO EIDETICO

Oggi si ammette, senza seri contrasti, che il diritto positivo è cultura. Se questa si definisce come tutto ciò che fa l'uomo operando secondo valutazioni (Rickert), la definizione è corretta. Ma questo non è il punto di partenza della scienza dei giuristi ; la teoria egologica rappresenta il primo intento sistematico di svolgimento.

Quando ci rendiamo conto che una pietra ha il compito di separare due poteri, non è più soltanto una pietra, bensì il segno di un limite. Questo esempio ci mostra, nella sua semplicità e rusticità, qualche cosa che è dell'essenza della coltura, poichè ogni oggetto di coltura consiste nell'unità di un substrato materiale e di un senso spirituale. Abbiamo sempre da cozzare contro l'espressione materiale di un senso spirituale al quale bisogna arrivare interpretando questo substrato esterno. E così comprendiamo il substrato nel suo senso e comprendiamo il senso nel suo substrato. Un senso spirituale non può stabilirsi che riferendosi ad un valore, qualsiasi esso sia (utilità, bellezza, verità, santità, ecc.). Su questa struttura



verifichiamo che l'essere proprio di un oggetto culturale è di essere un senso.

In questa struttura comune a tutti gli oggetti culturali (substrato e senso), bisogna distinguere due categorie primarie: gli oggetti il cui substrato è un qualcosa di naturale (oggetti sensibili) e quelli il cui substrato è l'azione o condotta umana vera e propria (oggetti egologici). Questi ultimi non hanno come substrato il nudo organismo biologico, che è pure natura, ma piuttosto l'azione o la condotta in quanto vita, come vita biografica. Così l'amputazione delle gambe mutila seriamente l'organismo biologico, senza che possa dirsi che ha sofferto mutilazione il substrato dell'oggetto egologico, in quanto prima o dopo la persona mutilata continua ad avere pienezza di esistenza.

Il diritto come oggetto è dunque un oggetto egologico. Per convincersene, basterebbe esigere che, in caso contrario, ci venga indicato quale altra cosa è il substrato del diritto; dove risiede; dove lo si vede mediante la corrispondente intuizione sensibile richiesta da ogni intuizione di esistenza. Poiché non c'è scampo: o non si ammette l'idea che il diritto sia coltura; o le si tien fede e allora è un oggetto egologico. Questo significa che la scienza deve vedere il diritto quale vita umana vivente e non come vita umana oggettivata.

Giunti a questo punto conviene precisare alcune cose. I giuristi dicono, anch'essi, che il diritto ha per oggetto la condotta, usando la parola « oggetto » nel senso di tema che esso si propone. Ma nessuna sinonimia esiste fra la condotta come tema del diritto e la condotta come substrato del diritto. Vediamo: se io dico che il blocco di marmo che si trova al Louvre è il substrato materiale della Venere di Milo, dico che questo marmo è la Venere di Milo, e in tal modo nel riconoscerlo come tale comprendo in esso il suo senso spirituale. Nella stessa maniera e con una portata simile, quando la teoria egologica afferma che la condotta umana è il substrato del diritto, afferma anche che la condotta è il diritto in quanto oggetto di cui il giurista ha conoscenza nel comprenderne il senso. Non che il diritto sia, in sé, qualche altra cosa destinata a incidere sulla condotta quale rapporto finalistico. Ciò che la teoria egologica afferma categoricamente, è che la condotta stessa è il diritto — oggetto che il giurista vuole conoscere concettualmente — in quanto della condotta, essendo il substrato del diritto, diciamo qualche cosa di simile a ciò che diciamo della Venere di Milo, quando affermiamo che essa è il blocco di marmo che si trova al Louvre. Se ci domandassimo: « dov'è la Venere di Milo? » risponderemmo riferendoci al suo substrato di marmo poiché esso è la Venere. Quantunque fosse da intendersi certamente nel suo senso spirituale. Parimenti, se ci chiedessimo dov'è il diritto, si dovrebbe rispondere riferendoci agli uomini nelle loro azioni, perché queste sono il diritto,



benchè tuttavia si dovesse intenderle nel senso loro proprio. Nella condotta, troviamo tutto il diritto ; riguardo ad essa il giurista non ha altro da fare, per conoscerla dogmaticamente, che chiarirli empiricamente nel suo senso immanente coesistenziale (1), similmente a come si chiarisce per comprensione il senso del marmo della Venere di Milo. Qualche cosa vuol conoscere il giurista ; e questo qualche cosa è la condotta ; non qualche altra cosa che si riferisca alla condotta.

Dilthey e Freyer hanno già scorto la distinzione tra oggetti « sensibili » ed « egologici ». Sebbene ambedue abbiano classificato il diritto nella specie opposta a quella in cui lo pone la teoria egologica, ciò nonostante, avvertirono la fondamentale divisione dell'ambito culturale. L'uno parlò di « sistemi culturali » e di « organizzazione esterna della società » ; l'altro di « contenuti oggettivi di senso o scienza del logos » e di « forma di vita ». Ma nessuno tematizzò la distinzione su di un punto comune ad ambe le specie (il substrato dell'oggetto culturale) che permettesse di vedere le due specie allo stesso livello sistematico, come fa la teoria egologica. Inoltre, per la disubicazione in cui lo pongono, il diritto perde in essi il suo fondamento esistenziale (2).

III

All'inizio di questo secolo, Del Vecchio avvertì che l'azione dell'uomo può essere considerata in due modi e non più che in due.

In un caso, interferendo con un'altra azione possibile del soggetto che la pone in essere, di modo che l'esecuzione di un'azione resta contrapposta all'omissione simultanea delle altre azioni che potè fare lo stesso soggetto. Per struttura, in questo caso, il fare s'integra con l'omettere ; e ciò significa che è impossibile intendere un'azione come libertà, tenendo presente soltanto il fare ; viceversa si arriva a comprenderla come libertà unicamente nel contrapporla all'omettere concomitante. Poichè in questo caso entra in considerazione un unico soggetto attuante, l'interferenza di azioni possibili è soggettiva. L'azione considerata in questo modo è l'oggetto della conoscenza morale.

Ma esiste un altro modo possibile dell'interferire di un'azione con un'altra, modo anche senza dubbio possibile in quanto l'esistenza umana

(1) Coesistenziale nel senso definito dalla filosofia esistenziale, per la quale l'esistenza umana è coesistenza, comè si dice esplicitamente più avanti, nel paragrafo XVI.

(2) Esistenziale nel senso definito da Heidegger. È chiaro che se il diritto fosse un'oggetto sensibile, come risulta in Dilthey e in Freyer, resta « cosificato » come vita umana *oggettivata*, impiegando la terminologia che il Recasens Siches usa. Ma è visibile che la sua autentica nota esistenziale può conservarla soltanto come vita umana *vivente*, come condotta, come oggetto egologico.



è anche coesistenza. In questo caso l'azione è in rapporto con un altro soggetto attuante, onde l'esecuzione di un'azione resta contrapposta all'impedimento che può contrapporgli l'azione compiuta da un altro soggetto. Qui, per struttura, il fare s'integra con l'impedire, di modo che la comprensione di un'azione umana come libertà si intende ora in quanto sia o no impedita dall'azione di un altro soggetto attuante. Siamo, dunque, di fronte a un'interferenza intersoggettiva di azioni possibili; e l'azione considerata in questo modo è oggetto del conoscere giuridico.

Questa è la bilateralità o alterità propria del diritto, e ciò significa che il diritto implica due soggetti che svolgono una condotta distinta. S'intenda bene: non si tratta di un soggetto semplicemente destinatario dell'azione dell'altro, come avviene per la carità, dove, per tale ragione, non esistono diritti e doveri in reciproca articolazione, distribuiti fra entrambi i soggetti. Nel diritto ciò che si comparte è il « factum » stesso di modo che quello che un soggetto fa, s'integra con ciò che deve fare l'altro. Per ciò ci saranno dei diritti di uno di fronte a dei doveri dell'altro, in perfetta corrispondenza.

L'analisi del Professor Del Vecchio così riesposta, risponde a una descrizione fenomenologica alla Husserl, che, per certo, non si trova nei lavori di Del Vecchio, giacchè egli per superare il piano psico-fisico dal quale parte, reclama un principio etico determinante dell'azione, e in conseguenza trascendente ad essa, « al quale si sottomettono le valutazioni e norme tutte del fare », ma che non risulta consostanziale al fare stesso, perchè sarebbe un modo di essere dell'operare.

Purificata fenomenologicamente la prospettiva di Del Vecchio, è facile conferirle una linea esistenziale. Sotto questa luce risulta inutile articolare la condotta a un principio etico, poichè la valutazione si mostra immanente alla libertà in quanto si chieda a questa che si sbarazzi della sua interiorità proiettandosi nel futuro.

In tal modo si è ottenuto, alla Husserl, un indubitabile punto di partenza puramente descrittivo, come la ragione ontica del giurista; ed inoltre, alla Heidegger, un orizzonte d'insospettata fecondità.

IV.

Effettivamente questo ci porta a considerare che ci sono diversi valori giuridici. Non soltanto la giustizia, ma anche ogni condotta che abbia una struttura bilaterale, nel senso sopra definito, è un valore giuridico, come sono per esempio, fra gli altri, l'ordine e la pace. Per tutto ciò, la determinazione di un senso come senso giuridico si fonda sopra un contenuto assiologico, in connessione a quanto vedremo più avanti.

A questo punto importa stabilire che questi valori sono immanenti



al diritto, secondo quanto si diceva dianzi. Questi valori non sono trascendenti al diritto come qualche cosa che esso dovrebbe raggiungere come finalità. E mentre descriveremo il nostro oggetto, ci riferiremo anche ai valori positivi dati nella realtà storica.

Per intendere questa immanenza, bisogna ricordare che l'azione umana può essere appresa dal di fuori dell'azione stessa, per apprensione neutra, come succede con le altre cose del mondo (visione ontica con intuizione sensibile); ed anche dal di dentro dell'azione, con una presa di posizione assiologica integrante del suo senso (visione ontologica con intuizione emotiva). Nella prima maniera — l'abbiamo già visto nella proposizione anteriore — il diritto ci si mostra come condotta in interferenza intersoggettiva; e nella seconda, sempre come giustizia o ingiustizia, ordine o disordine, potere o anarchia, ecc. Il fatto è che questa considerazione ontologica della condotta, questo vederla dal di dentro, questo fare che la libertà fenomenomenica ci spieghi la sua intimità, ci costringe a ricorrere ad un linguaggio assiologico i cui predicati sieno qualità esprimenti o inesprimenti della propria condotta umana.

L'intima unità di questi due modi intuitivi è garantita dall'intuizione esistenziale dell'intera vita umana, uno dei cui modi fenomenici (il coesistenza) è il diritto. In effetti, tutti gli enti, incluso l'uomo, mostrano il proprio *che* (essenza); ma soltanto l'uomo, inoltre, si rivela il suo *che*. L'unità di questi due *che* dell'uomo, o, per dir meglio, la perfetta sovrapposizione di queste due prospettive sul loro unico *che*, è l'intuizione come *quale* (persona) della propria esistenza in senso pieno. L'uomo dichiara il *che* degli enti, incluso il proprio, in quella funzione di portavoce dell'universo, come dice elegantemente Garcia Bacca; ma certamente, vive unicamente il suo proprio *che*. La visione ontica e la visione ontologica si giustificano, dunque, rispettivamente, per quello e per questo.

Qui va intercalata una prima riflessione sopra la vocazione verso il «ragionevole» che si riscontra in ogni assiologia giuridica e sulla quale dovremo tornare più avanti. Vocazione verso il «ragionevole» nella forma e nel contenuto, che si fonda, per il primo aspetto nella configurazione concettuale della valutazione che apporta la norma come integrante intellettuale della valutazione stessa; e per il secondo aspetto, in ciò che di ragionevole c'è nell'essere umano per essenza.

V

Kant diede un valido schema dell'esperienza della natura, tale come questa risulta nella fisica newtoniana, distinguendo in essa due componenti: una struttura logica e un contenuto empirico. La struttura logica consiste nella logica dell'essere, partendo dalla forma enunciativa «dato A



è *B*»; il contenuto consiste negli apporti che danno i nostri sensi con intuizioni empiriche. Il primo componente, secondo l'angolo dal quale lo caratterizziamo, risulta formale, necessario e a-priori; il secondo, parallelamente, materiale, contingente e a-posteriori. Questo schema, fuori del valore costruttivo che assume nella filosofia di Kant, è rigorosamente descrittivo in senso fenomenologico. Lo comproviamo se, cogliendo gli enunciati di una legge naturale qualunque, consideriamo separatamente i suoi componenti: forma e contenuti, e per un'astrazione li sopprimiamo ambedue: rimarremmo senza niente davanti.

Sino ad oggi non si era fatto lo schema dell'esperienza del diritto. Intraprendendo questo compito in forma descrittiva, la teoria egologica trova che l'esperienza giuridica si costituisce di tre componenti: una struttura che consiste nella logica del «dover essere», partendo dalla forma imputativa «dato *A*, deve essere *B*»; un contenuto dogmatico raccolto da detta struttura, consistente in elementi empirici a basi sensoriali: per esempio, i ventidue anni che si richiedono per la completa capacità civile e che potrebbero essere ventuno o ventitrè per una capacità non completa, ma parziale (in una parola, tutto ciò che si legge nel testo di una legge); e in terzo luogo, una valutazione giuridica di giustizia o ingiustizia, che sempre si troverà realizzata nei contenuti dogmatici, qualunque essi sieno, inseparabile da questi contenuti, ma che non può confondersi con essi, essendo una valutazione e questi, invece, determinati rapporti con certi oggetti o successioni del mondo reale.

È notevole che questo terzo componente risulti *materiale*, ma *necessario* all'esperienza giuridica. Nemmeno immaginariamente si può eliminarlo da essa. I contenuti dogmatici differiscono da un'istituzione all'altra qualunque di essi si può alterare e anche sopprimere in un certo regime giuridico; ma in qualsiasi contenuto dogmatico appare già una valutazione giuridica, invariabilmente piena, mostrando tutte e le stesse dimensioni e prospettive. Così, non c'è, nè può esservi, alcuna istituzione giuridica che evada alla qualifica di giustizia o ingiustizia.

VI

PROPOSIZIONI GIURIDICHE SUL PENSIERO VALIDO

La teoria pura del diritto di Hans Kelsen, parte da un richiamo radicale alla purezza metodica. Questo significa che i concetti giuridici si debbono formare con termini giuridici. Kelsen costituisce la purezza metodica sulla base di due purificatori. Una prima purificazione libera da tutte le mutazioni della fisica, della biologia, della psicologia, della sociologia, distinguendo tra «essere» e «dover essere»: si respinge l'essere



perchè il diritto è un « dover essere ». Una seconda purificazione fa lo stesso rispetto alla politica, alla morale e alla religione, distinguendo tra il dover essere che pretende valere per il suo intrinseco valore e un altro dover essere neutro, che è un mero rapporto imputativo, nel quale si segnala che, dato un antecedente, vi deve essere una certa conseguenza. Non ci interessa, ora, che la conseguenza abbia un intrinseco valore; anche se fosse priva di valore, egualmente dovrebbe essere, perchè è imputata all'antecedente. Kelsen si ferma su questo dover essere neutro e svolge tutte le sue idee su questo piano.

Ma, che cos'è questo dover essere che si esaurisce nel solo rapporto dei due termini di una proposizione, se non un dover essere logico? E dunque, che significano il dover essere della prima purificazione e il dover essere logico della seconda purificazione, se non una logica del dover essere? La purezza metodica, tematizzata essa stessa dalla teoria egologica, ci viene a dire precisamente questo. La purezza metodica ci viene a dire che i concetti bisogna trattarli come concetti; o dal momento che trattiamo con dei concetti molto singolari, che le norme bisogna trattarle come norme; in poche parole, che ciò che è logico deve essere trattato come logico, anche se ci riferiamo alla logica del dover essere. Basta osservare i temi che studia Kelsen, in ciò che è propriamente teoria pura e gli svolgimenti a cui li sottomette, per convincerci che non fa altra cosa se non ciò che diciamo.

Così, dunque, la teoria egologica avverte che questa purezza metodica costituita sopra il nesso logico di imputazione, è soltanto una logica giuridica formale. Contrariamente a ciò che si crede, alla teoria di Kelsen non è direttamente interessato il diritto, bensì il pensiero giuridico che lo esprime. Di modo che *in principio senza alcuna alterazione di contenuto*, la teoria egologica trasforma profondamente la portata e la missione della teoria kelseniana. L'insegnamento definitivo della purezza metodica è che, senza struttura normativa, nessun pensiero giuridico vale come pensiero giuridico. Ma niente altro.

VII

La normatività, dice con ragione Kelsen, consiste in detta imputazione di natura logica. Su questo si basa la teoria della norma, isolatamente considerata: struttura normativa e struttura imputativa del pensiero, sono la stessa cosa. La normatività fondata sul diritto naturale, sull'imperatività delle leggi o su di un fatto sociale, sono altrettante espressioni di pensiero giuridico invalido per mancanza di struttura logica corretta. Ed è molto facile segnalare l'autocontraddizione intrinseca di queste tre posizioni confrontandole con quanto avviene nell'esperienza.



Facilmente si capisce che questa teoria della norma di Kelsen è per la teoria egologica una finissima analitica delle parti. E' un'analitica perchè versa sulle norme isolate senza considerare l'ordinamento che costituiscono nell'allacciarsi.

Però il Kelsen, progredendo in questa analitica, presenta la norma come un giudizio ipotetico: « se è *T*, *A* deve essere *S* », credendo che bastino la Trasgressione (*T*), il Trasgressore (*A*), l'organo dello Stato e la sanzione (*S*) per concettualizzare l'esperienza giuridica.

Di fronte a questo, la teoria egologica presenta la norma con un giudizio disgiuntivo: « dato *F* (fatto) deve essere *P* (prestazione), o dato *non P* deve essere *S* (sanzione) ». Non è questa la sede per dimostrare che la nostra analisi è corretta, ma si vede che la differenza è grande e che le conseguenze che ne derivano non sono minori. Basta avvertire che lo schema disgiuntivo permette di restaurare il valore dei concetti giuridici come quello del dovere o prestazione e quello di facoltà o diritto soggettivo, concetti radiati da Kelsen da ogni teoria giuridica e tanto cari alla traiettoria storica dell'Occidente.

VIII

La teoria dell'ordinamento giuridico di Kelsen, ha acquistato universale diffusione con la felice immagine della piramide giuridica. Le norme di un sistema positivo non si trovano sovrapposte in mucchio; al contrario si trovano come dei gradini di una scala, in modo tale che la validità di una norma inferiore consiste nell'essere dettata d'accordo con ciò che indica la norma superiore. Le connessioni fra le norme sono, dunque, anche connessioni logiche del dover essere e l'ordinamento nel suo insieme risulta un dover essere. Con ciò si vede che l'applicazione e la creazione di norme si complicano, non essendo atti indipendenti, ma che applicare una norma superiore significa creare una norma inferiore, come nella esecuzione del pianista — che è un atto creatore — resta applicata la partitura del compositore.

Tutto questo, che per la teoria egologica risulta un'analitica del tutto, spiega, per esempio, che sia un'illusione quella delle lacune del diritto le quali sarebbero casi di impossibile risoluzione giudiziale con fondamento giuridico.

Ma a questo punto la teoria egologica mostra che l'ordinamento così concepito presuppone il principio che « tutto ciò che non è proibito, è giuridicamente permesso », specificando: 1) che questo principio è anticamente imposto dalla libertà in cui consiste la condotta; e 2) che questo principio è un giudizio sintetico a priori nel senso di Kant.

Poichè, effettivamente, il principio che « tutto ciò che non è proibito



è giuridicamente permesso » non significa soltanto la disgiunzione logicamente convertibile che « tutto ciò che non è illecito » (che senza alterazione di senso si può convertire in : tutto ciò che non è lecito, è illecito) ; bensì che in forma inconvertibile enuncia la libertà come il prius del diritto. Non si può dire : « tutto ciò che non è permesso, è giuridicamente proibito » perchè ciò equivarrebbe a paralizzare la vita : se una cambiale mi obbliga a dare una somma di danaro in un determinato giorno, bisognerebbe stabilire l'ora e il minuto, se deve farsi con danaro o con vaglia bancario, con un abito azzurro o grigio, incluso il gesto grave o sorridente con cui farei il pagamento, perchè la realtà, nella sua infinita determinazione, potesse essere bene enunciata in quel modo. Invece, si osservi che basta pattuire il pagamento di una somma di danaro in un determinato giorno, perchè la realtà sia bene enunciata *sulla base* che tutto ciò che non non è proibito è giuridicamente permesso, poichè sono pur libero di scegliere l'ora ; e se questa fosse stata stabilita, tuttavia sarei libero di scegliere l'abito che porterò ; e se questo fosse determinato, sarei libero nei miei movimenti, e via dicendo. L'oggetto che menzionano le norme, che è la condotta, resiste anticamente ad essere enunciato sotto la forma « tutto ciò che non è permesso, è giuridicamente proibito ». Vale a dire che dalla mera corrispondenza logicamente convertibile tra lecito e illecito, non risulta che la libertà sia il prius (caratteristica sintetica dell'enunciazione nella sua unica forma corretta). E questo prius viene imposto a priori necessariamente, per la pura intuizione della libertà della condotta.

Come l'intuizione dello spazio puro impone la verità sintetica per cui la linea retta è la distanza più breve fra due punti, così l'intuizione della libertà pura impone la verità sintetica per cui tutto ciò che non è giuridicamente proibito è giuridicamente permesso e non viceversa.

IX

Kelsen, finalmente, studia tre dualismi che perturbano fortemente la scienza giuridica, perchè questa non stabilisce bene la loro portata : diritto pubblico e privato ; diritto ^{statale} e ^{internazionale} ; primato dell'ordine giuridico statale o dell'internazionale.

La teoria pura del diritto scioglie le tre opposizioni per la relatività reciproca dei membri di ogni opposizione. La teoria egologica aggiunge a questo qualcosa che concerne la portata scientifica di questi dualismi, segnalando il suo puro carattere dialettico ; sarebbe a dire che sono semplici svolgimenti dell'intelletto giuridico per dare criterii classificatori alla sistematica scientifica. Non si tratta di una conclusione di scienza positiva che trarrebbe la teoria pura del diritto ; è semplicemente il cul-



mine già indicato della logica formale, nel suo impegno architettonico della conoscenza giuridica.

X

PROPOSIZIONI GIURIDICHE SULLA CONOSCENZA POSITIVA

Che rapporto c'è fra la norma e la condotta corrispondente? Per il suo contenuto e per le sue conseguenze, questo è uno dei topici angolari della scienza giuridica; per esempio, a esso spetta stabilire come e con che la legge obbliga il giudice e il suddito.

La scienza tradizionale si è mossa sempre cercando un rapporto di causa e di effetto, sia in forma meccanica, sia in forma teleologica. E non aveva orizzonti per procedere in altro modo, sia che profilasse il problema da una posizione empirista, sia che lo passasse sotto silenzio presupponendolo, come fanno i razionalisti, che pretendono limitarsi all'analisi delle norme senza discendere da esse.

La teoria egologica, in virtù della sua impostazione della logica giuridica formale, inaugura una via inesplorata: se la norma è semplicemente un concetto — concetto della logica del dover essere —, allora tra norma e condotta esiste semplicemente un rapporto di conoscenza, vale a dire, il rapporto da concetto a oggetto; si tratta di un rapporto significativo analizzato in generale da Husserl; la norma menziona la condotta; questo è tutto. E con maggiore precisione e ricchezza, aggiungiamo: la norma è l'unico modo di menzionare concettualmente una condotta come condotta, poichè la menziona nella sua libertà, che è ciò in cui la condotta consiste veramente.

L'importanza generale del verbo « dover essere », in tanto che semplice copula logica, prende con questo una portata insospettata: la libertà che definisce l'essere umano, pensata con il verbo essere, è una libertà pietrificata o cosificata; è la libertà morta della storia o della sociologia. Il verbo essere, verbo dell'ente immobile dell'identità, non è idoneo a concettualizzare la libertà, perchè la libertà non è qualcosa di già fatto, bensì che si sta facendo: è creazione, fuggitiva presenza, miracolosa transfuga che estrae dalle sue viscere tutto quanto l'uomo ama e capisce. Altra cosa è nei riguardi del verbo « dover essere »; mediante esso è possibile giudicare la condotta nella sua vivente libertà, vale a dire, riferirci alla condotta come condotta mediante dei concetti. Questo significa la possibilità di una scienza circa la condotta stessa; e perciò la teoria egologica presenta la scienza del diritto come una scienza della piena vita umana.

E dal momento che la condotta è un fatto reale, di tangibile presenza,



di realtà positiva, vigente dover essere esistenziale, la teoria egologica fa tematico, sopra il proprio dato, assieme al problema della validità del diritto, il problema della sua positività, oggi totalmente lasciato nell'ombra dai giuristi. Tematizzazione della validità come logica giuridica formale e della positività come logica giuridica trascendentale, nell'unità della logica.

XI

La scienza tradizionale ha costruito, di fatto, tre antinomie, ognuna con una tesi e due antitesi: antinomie della personalità, della libertà e della vigenza.

Nella prima antinomia, la tesi parla di uomini che sono persone (soggetti individuali), e le antitesi di uomini che non sono persone (schiavi) e di persone che non sono uomini (associazioni). Se fosse esatto ciò che le antitesi affermano, la personalità giuridica dell'essere umano sarebbe una congiunzione accidentale, dal momento che si può dare l'uomo senza personalità giuridica e la personalità giuridica senza l'uomo. Questo significa bandire l'uomo dal diritto; o, in altre parole, significa che l'uomo non è essenziale al diritto. Così la teoria civilistica della personalità si è rivolta alla seconda antitesi. La teoria egologica restaura l'essenzialità della tesi, dimostrando la falsità di ambedue le antitesi. E' contraddittoria la nozione di una schiavitù assoluta, poichè lo schiavo deve avere il diritto di compiere i suoi doveri. Le persone collettive non possono riferirsi a enti che non siano gli uomini stessi, perchè non hanno altra esistenza che quella degli uomini che le compongono.

Nella seconda antinomia, la tesi ci parla di una libertà che è liceità (esercizio di facoltà); e le antitesi di una libertà che non è liceità (il torto, l'ingiuria) e di una liceità che non è libertà (compimento di un'obbligazione). La scienza tradizionale volle radicare l'essenza del diritto nella seconda antitesi, perchè in essa starebbe il dare a ciascuno il suo. Kelsen ha tentato di porla nella prima antitesi e nella sanzione che le sussegue sotto la forma di un giudizio ipotetico. La teoria egologica dimostra l'essenzialità congiunta delle tre affermazioni.

Nella terza antinomia, la tesi ci parla di una validità vigente (ad es. sentenze che fanno diritto); e le antitesi di una validità non vigente (ad es. leggi in disuso) e di una vigenza che non ha validità (ad es. una sentenza contro la legge, una rivoluzione). La scienza tradizionale ha creduto che il diritto stesse integralmente nella prima antitesi e che questa desse giuridicità alla tesi, eliminando la seconda antitesi. La teoria egologica dimostra l'essenzialità della tesi, riducendo ad essa la seconda antitesi ed eliminando l'antitesi sulla quale si basava la scienza tradizionale.



XII

Se nella coppia di termini norma e condotta, il secondo termine fosse dimenticato o posto in secondo luogo per la sua dipendenza causale dal primo, non rimarrebbe da parlare che di interpretazione della legge. Questa è la via che prese la scienza tradizionale in un punto in cui, per il suo drammatismo vitale, si danno appuntamento tutti i problemi filosofico-giuridici e che ha la massima importanza.

La teoria egologica non dimentica nè la forma nè la condotta; per ciò sostiene che non si interpreta la legge, bensì la condotta umana mediante la legge. Poichè la legge è un'espressione concettuale; e interpretare è un metodo di conoscere, essendo la condotta, in questo caso, l'oggetto menzionato da quella espressione; ed è l'oggetto ciò che deve essere conosciuto. Così Husserl ci insegna che quando qualcuno ci racconta con parole conosciute, ciò che ha fatto un amico, non giudichiamo le sue parole, bensì il comportamento dell'amico, che è ciò che ci si fa conoscere mediante le parole.

Da ciò risulta che la teoria egologica pone le cose in una ermeneutica esistenziale: la scienza giuridica è, certamente, una scienza interpretativa, ma interpretativa della condotta, che è piena vita umana. Il giurista non affronta, nè può affrontare, il testo della legge, nel senso che il suo compito consista nell'indagine di ciò che la legge dice, per la semplice ragione che la legge impiega un linguaggio da lui conosciuto; per cui, la semplice lettura pone in gioco la funzione significativa di qualunque linguaggio concettuale. E' ovvio che le complicazioni di ciò che si denomina « tecnica giuridica » non sono necessarie per accedere al senso dei testi poichè sono estranee al problema del linguaggio conosciuto e della sua funzione significativa; e non è meno ovvio che se realmente raffrontasse i testi, si trasformerebbe di fatto in legislatore.

Il giurista studia il significato che hanno gli atti che realizzano gli uomini. Per lui gli atti umani non sono fatti naturali la cui esistenza è questione da spiegare, bensì l'espressione di qualche cosa, che è ciò che si deve stabilire. Come chiariamo il senso del marmo di una statua, per conoscerla per comprensione, così il giurista chiarisce il senso degli atti umani in interferenza intersoggettiva. Solamente che porta a termine questo compito mediante le norme giuridiche, perchè la conoscenza che formula della condotta non è quella di una comprensione liberamente emozionale, bensì quella di una comprensione concettualmente emozionale. Le norme sono concetti; come tali, esprimono la condotta; pertanto esprimono anche il significato della condotta; questo significato o senso, poichè è un senso espresso — e solamente così può essere dato



anticipatamente — è un senso concettualizzato. L'esistenza di questo senso — che come quella di qualsiasi altro, deve essere creata e ricreata costantemente nella vitalità di qualcuno — si ottiene quando gli si dà vitalità quale è, vale a dire, come senso *menzionato*. Ciò significa che la norma integra il senso stesso che menziona, e pertanto, la condotta che menziona nel suo substrato e nel suo senso egologico. La concettualizzazione del senso significa, inoltre, come risultato della mera presenza del concetto, che la valutazione giuridica si muove entro limiti logici, sottomessa così, dal di fuori, alle leggi della logica. La forza di convinzione che deve avere l'opinione del giurista si appoggia, parimenti, alla norma e alla condotta, senza rinunciare a nessuno di questi termini; e perciò essa è determinata, ad un tempo, negativamente dal concetto legale che la può porre in una situazione di contraddizione se la trasgredisce; e positivamente dai valori bilaterali della condotta in questione, la cui migliore realizzazione dà all'interprete il criterio dell'interpretazione dovuta.

XIII.

Parlare di condotta, di libertà e di personalità è la stessa cosa sul piano esistenziale. Poiché la libertà mi mostra la sua esistenza con la sua sola diretta presenza, ciò significa che tutti i problemi giuridici sono necessariamente di tempo presente, non di tempo passato nè di futuro. Da ciò la grande importanza di questa domanda: quanto dura il presente?

Con la teoria egologica, per la prima volta, si è fatto notare che il tempo proprio dell'esperienza giuridica non è il tempo cosmologico degli orologi, bensì il tempo esistenziale. Nondimeno, la questione è ovvia: se una domestica, spaventata dai ladri che derubano la casa dei suoi padroni, rimane dieci ore nascosta nella cantina dopo il misfatto prima di chiamare la polizia, nessuno dirà che fu manutengola per dieci ore e che soltanto la sua condotta ulteriore è quella lecita. La condotta si interpreta come una totalità successiva riconoscendo la coesistenza dei suoi momenti. Con ciò non disconosciamo, certamente, che nei contenuti dogmatici del diritto esistono riferimenti al tempo cosmologico, come quando si stabilisce la durata di una pena, o si fissano i termini processuali o della prescrizione. Però questi contenuti dogmatici riferentisi al tempo cosmologico, come qualsiasi contenuto dogmatico, sono le concettualizzazioni delle valutazioni — precisamente queste che si riferiscono al tempo cosmologico, quasi sempre esprimono unicamente valutazioni di ordine e sicurezza. Ma è altra cosa ciò che la teoria egologica pone sul tappeto: la teoria egologica fa eccellere che il tempo esistenziale è il tempo proprio della esperienza giuridica, in quanto è la base della nostra conoscenza della realtà giuridica, poiché il diritto esiste con questo tipo di temporalità.



Ebbene, quanto dura, allora, il presente esistenziale?

Heidegger ha studiato insuperabilmente il tempo immanente come tempo originario, dove il presente può richiamare il passato e il futuro, e dove, inoltre, presente, passato e futuro crescono assieme, in modo tale, che qualunque momento presente contiene in sè qualcosa di passato che sopravvive e qualcosa di futuro che si anticipa. Ed ha anche dimostrato come questa vitalità originaria si svuota verso il mondo, in una prima tappa di transito verso il tempo pubblico e impersonale degli orologi sulla base di tre momenti: un prima, un adesso e un dopo, ove l'adesso è l'intervallo legato alla presenza degli oggetti che direttamente ci preoccupano. Come la presenza di un soggetto non esclude la presenza di altri oggetti, e come queste diverse presenze possono essere di differente durata, si spiega che possano esservi diversi « adesso » di differente durata; e così diciamo: « ora nella mattina », « ora nella settimana », « ora nell'estate », a seconda che la mattina, la settimana, o l'estate sieno l'oggetto della nostra preoccupazione diretta.

La teoria egologica pone in rilievo che questa prima trasformazione del tempo immanente non è solo una tappa del cammino verso la costituzione del tempo cosmologico che, come dimensione della natura, è misura del movimento. Essa è, pure in forma autonoma, il modo temporale dell'esperienza giuridica, essendo il tempo della nostra attività quotidiana, che in realtà si spiega soltanto col prima, con l'ora e col poi.

In effetti, si è molto parlato del compito dei nostri organi sensoriali nel processo che va dalle cose alla nostra coscienza e ci fa conoscere un mondo esteriore; ma poco si è posto in evidenza il compito di tali organi nel processo inverso della trasformazione della nostra intimità per la costituzione di un tal mondo. A questo riguardo diremo che acquistano rilievo i sensi nobili (vista e udito) rispetto ai sensi non nobili (olfatto, gusto e tatto, benchè quest'ultimo in quanto senso primario o protosenso, agisce certamente nei due ambiti con una portata limitata, ma con una maggior intimità di tutti gli altri: il tatto è il senso dell'apprensione immediata che fa delle cose mezzi ed è il senso della carezza amorosa che ci collega col prossimo). La vista e l'udito sono i sensi della comunicazione a distanza; sono anche i sensi della creazione artistica, l'uno come mezzo di trasformazione nelle arti plastiche e l'altro nella poesia e nella musica.

Se la forza originaria del tempo immanente si porta nel mondo esterno, non è da stupirsi che segua due modi di trasformazione ben differenti, due vie diverse quali sono i sensi della vista e dell'udito. Ci potrebbe indurre in errore solo la prima trasformazione del tempo immanente presente in tutti e due i modi del processo: ma si noterà subito che la trasformazione luminosa supera di molto il raggio della sua prima



trasformazione, in quanto, legata allo spazio, si sviluppa come geometria; non così invece la trasformazione acustica, legata al linguaggio. Da ciò risulta che il tempo cosmologico è fondamentalmente caratterizzato dalla luce, come è venuta affermando la teoria della relatività con la costanza della velocità della luce, riferendosi alla sua trasformazione più remota; e non è mero caso che Heidegger, senza coscienza della differenza che stiamo notando, tuttavia preoccupato dal fatto della natura, abbia indagato il processo di trasformazione della temporalità partendo da fenomeni luminosi primari, come la successione delle notti e dei giorni ed altro. Il tempo sociale invece è fondamentalmente acustico, come lo prova la sua captazione per mezzo del linguaggio che è il prodotto sociale più trasformato e impersonale, più monovalente e anonimo, con la stessa atmosfera e con lo stesso orizzonte di ogni scambio spirituale. Nella vita con gli altri misuriamo dunque il nostro tempo e ci riferiamo ad esso con la parola, per quanto la parola non abbia quasi misura più precisa dei vocaboli « prima » « ora » e « poi »: il « dieci minuti fa » che ricorre nella nostra conversazione non significa dieci movimenti della sfera del nostro orologio, bensì « un poco prima » vago e impreciso, ma meravigliosamente adatto alla situazione coesistenziale: nello stesso modo che il « un anno fa » non è quasi mai il termine preciso di traslazione della terra intorno al sole. Gli orologi di precisione sono un lusso accidentale per la nostra vita in comune come si verifica di fatto. Per la comprensione adeguata della nostra convivenza ci basta il « prima », l'« ora », e il « poi » del nostro linguaggio in grado molto superiore di quanto bastano le costanti astronomiche apparenti per la comprensione adeguata della natura. E per questo nel linguaggio, in quanto orizzonte di ogni scambio spirituale, c'è anche l'orizzonte del nostro tempo sociale, che si lascia superare difficilmente e dinanzi al quale i ricorsi a un linguaggio mimico o grafico rimangono come strumenti rozzi di fronte alle raffinatezze della parola.

Chi perde del tutto la vista perde fondamentalmente il suo contatto con la natura esteriore; con la natura di cui ci parla la scienza fisica e che viene stilizzata dalle arti plastiche; ma non perde ciò che è fondamentale della sua vita sociale: il rapporto con la famiglia, con gli amici, con i vicini. Invece, con la sordità assoluta — lasciando da parte l'artificio della parola scritta — i termini vengono invertiti: quasi non viene pregiudicato il contatto con la natura e viene quasi interrotto il contatto con la società,

Così dunque la prima trasformazione della nostra temporalità imminente è in forma autonoma e con proprio fondamento, il modo temporale dell'esperienza giuridica, perchè è il tempo della nostra attività sociale, che in realtà si spiega solo col « prima » con l'« ora » e con il « poi ».



La teoria egologica fa notare che questa prima estroversione del tempo immanente, non è soltanto una tappa di transito verso la costituzione del tempo cosmologico che, come dimensione della natura, conta sulla misura del movimento. E' anche, con autonomia, il modo temporale dell'esperienza giuridica, perchè è il tempo della nostra attività quotidiana, che in realtà si svolge solamente con il prima, l'adesso e il poi. Per essere la prima estroversione del tempo immanente, il tempo giuridico è carico di soggettività quantunque sia un tempo già materializzato. Non è il puro tempo immanente del nostro spirito, ma neanche è il tempo impersonale degli orologi, nella vacuità delle sue ore eguali.

E con ciò si capisce anche come il diritto della costituzione, della legge e della sentenza; essendo tutti « presente », possano avere differente durata in un presente più vasto o più effimero. Effettivamente quando la dogmatica lavora in un *ambito temporale del diritto*, ciò che è riferito è, chiaramente, quella prima estroversione del tempo immanente; questa e non altra, è la temporalità che nutre la dogmatica trasmettendole il suo contenuto. L'ambito temporale di un contratto o di un delitto — che avvolge tutto quanto di reale è in esso, e che circoscrive la possibilità dell'apprensione normativa del giudice — raggiunge, almeno normalmente, la durata del processo dove si giudica di esso (salvo i casi più brevi di certi contratti liberamente compiuti), e al massimo corre dalla infanzia dei soggetti attuanti sino alla realizzazione della sanzione (salvo certi casi di società di lunga durata ed altri simili). Entro questi limiti è, ordinariamente, quella presenza che determina la durata dell'« adesso » del suo tempo giuridico. E si capisce, senz'altro, che altra cosa sono, le articolazioni temporali della legge come un « adesso » (ad es. : la sua deroga dovuta alla nuova legge, il disuso, la situazione sociale tale come è allusa dal famoso e misterioso aforisma *rebus sic stantibus*, ecc.) e le articolazioni temporali della costituzione anche come un « adesso » (ad es. : una rivoluzione, una guerra, ecc.).

XIV

PROPOSIZIONI GIURIDICHE SUL SENSO PURO

E' un fatto di certezza storica, che certe volte l'uomo si ribella al diritto esistente in nome della vera giustizia, arrivando persino a pagare con la propria morte la sua ribellione. Questo legarsi e decidersi per un valore puro, invocando il suo carattere di verità, in quanto è un modo di essere dell'uomo, obbliga la teoria egologica a svolgere un'assiologia esistenziale nell'ambito del diritto.

Alla fine, come alla base, sta qui una questione meno patetica, ma



molto più generale e pressante : come ogni scienza empirica ha alla base una scienza eidetica corrispondente (e per questo il filosofo del diritto fa dell'ontologia giuridica, mentre un giurista dà una semplice conoscenza di realtà) così anche ogni valutazione positiva suppone a sua volta una valutazione pura, senza di cui quella perde la possibilità di abbracciare il problema — ad essa immanente — della sua direzione verso una regola (ciò che si intende solamente come allontanamento o avvicinamento rispetto a un punto idealmente fisso e unico). Per questo il filosofo del diritto parlerà della giustizia pura in quanto vera giustizia, mentre un giurista deve inesorabilmente muoversi tra valutazioni storiche di giustizia come giustizia reale. Su tale fondamento, la possibilità della ribellione e della morte ci definiscono la natura e la portata del problema.

Il passaggio dall'essere entitativo al valore è inintelligibile : ciò che è niente ci dice sopra ciò che deve essere, e viceversa. Invece, non è inintelligibile per la libertà, il passaggio al valore, perchè la libertà non è mera spontaneità o cieco « poter essere », bensì spontaneità proiettata nel progetto vitale del futuro immediato — in ragione dell'anticipazione del futuro contenuta nel presente esistenziale ; in modo che la libertà, non ostante che sia, non risulta ben descritta come un essere, bensì come un « dover essere » esistenziale : « dover essere » e non « poter essere », perchè nell'essere proiettata nel progetto vitale del futuro immediato, è sempre un poter essere diretto, non un cieco e mero poter essere ; e esistenziale, perchè qualche cosa costantemente presente è. In tal modo, il passaggio dal dover essere esistenziale al dover essere assiologico, si riduce alla sua auto-illuminazione ontologica.

Inoltre, come non si può predicare un valore della pura spontaneità del poter essere, fino a che la si predica in base al progetto secondo il quale è stata progettata, si capisce che la futurità indeterminata sia il modo temporale al quale sono legati i valori. La futurità del futuro immediato è futurità in quanto partecipa della futurità del futuro indeterminato dell'ignoto poi. In questo modo, con i valori come categorie ontologiche di futurità della vita piena, si spiega che i valori non siano, bensì che valgano, senza cadere per ciò nel platonismo di Scheler e di Hartmann.

Ma nel nostro futuro indeterminato troviamo la morte che chiude l'orizzonte del tempo esistenziale. E non si tratta, certamente, di saltare più oltre ad essa per arrivare alla vera giustizia ; ciò sarebbe ricadere in quella metafisica caduca che lavorò con enti di ragione. La nostra via, invece, è quella di retrocedere dalla morte per illuminare il senso della vita umana con il senso ontologico che la morte ci dà. Nell'essere ontico-ontologico che è l'uomo, l'ontologico parla sempre un linguaggio assiologico.



Immaginiamo la morte come uno specchio posto alla fine della strada di un viandante. Se questi fosse interiormente illuminato, la sua luce riflettendosi nello specchio, lo illuminerebbe tanto più quanto più avanzasse nella sua strada. Supponiamo che il mercurio dello specchio abbia una tinta particolare; allora il riflesso dello specchio illuminerebbe il viandante con un tono che non sarebbe quello della sua luce naturale. Con la luce interiore del viandante, il nostro simile rappresenta la caratteristica ontica dell'uomo, che è quella di essere ontologico. E valga l'inadeguata immagine dello specchio e del suo mercurio, per alludere a questa struttura della morte che pone il nostro essere nel modo dell'« essere », annichilendo radicalmente il modo di « stare » in cui quello consiste.

Così è il vedersi dalla morte con colore di morte (struttura del finito della vita), ciò che spinge l'uomo a trarre dal tempo limitato di cui dispone, il massimo di realizzazioni di cui è capace. Bene si è detto che se l'uomo avesse a sua disposizione un tempo infinito per vivere, il domani sarebbe sempre eguale all'oggi, ed egli non avrebbe altro da fare che distrarsi per fuggire il tedio. Ma il vero si è che la nostra vita entra in tensione verso qualche cosa per la pressione che le viene dall'essere finita; tale è l'autenticità che dobbiamo alla morte. Non si tratta di un desiderio o un'aspirazione di morire, « perchè se si trattasse di questo, la metafisica esistenziale non potrebbe sentire precisamente questo fatto con sì grande amarezza », ci dice Bollnow. Semplicemente si fa notare che soltanto la minaccia della morte è capace di spingere la vita umana verso le regioni più elevate di un'esistenza autentica. Per ciò è necessario che la vita non rimanga priva di senso per il fatto di una subitanea morte. E poichè viviamo con la certezza di quest'ora incerta, dobbiamo vivere come potendo anche finire in ogni istante. Non si fa così palese la differenza ontologica tra il suicidio e il sacrificio, essendo il suicidio la morte che lascia la vita vuota di senso?

Ebbene, l'olocausto della sua vita è la suprema misura che ha l'uomo per le sue valutazioni. Ed il ritorno dalla morte rende evidente e spiega come la morte sia questa suprema misura, perchè è necessario essere arrivati fino ad essa ed averla analizzata, per vedere la radicalità definitiva con cui ci trasmuta trasportandoci dallo « stare » all'« essere ». Per ciò, unicamente la morte permette un sacrificio assoluto, una consegna totale e una liberazione senza residui.

Diciamo che la vita è un essere per la morte, vedendola avanzare irrimediabilmente verso il futuro; e questa è una verità ontica che ci spaventa perchè è assolutamente estranea ad ogni valore e perchè così vuota di ogni valore, è riferita a noi che siamo valori. Ma se retrocedendo dalla morte facciamo la corrispondente inversione della frase, allora il neutro vivere per la morte si trasforma in un morire per la vita, a cui non si può



togliere il suo significato assiologico perchè non ha altro significato ; e questa è una verità ontologica che ci mostra la morte trasfigurata. Se diciamo : vivere per la morte è morire per la vita, la trasfigurazione della morte ha raggiunto tutta la sua evidenza.

E se la morte è anche il prezzo preciso della giustizia, il problema della giustizia è rimasto metafisicamente situato ed il suo rango assiologicamente deciso.

XV

Platone costruì con la temperanza, la sapienza e la giustizia, il sistema delle virtù cardinali. La temperanza era la perfezione della sensibilità, la fortezza lo era della volontà e la sapienza dell'intelletto. La giustizia, senza radicazione materiale propria, dava l'unità al sistema, con un senso di totalità essendo l'equilibrio reciproco e proporzionato delle altre virtù.

Aristotele vide nella giustizia la sua alterità ; essa non si riferiva alla condotta di un individuo isolato ; implicava lo svolgimento di una condotta compartita. La giustizia, dunque, era la virtù specifica del diritto.

Ventiquattro secoli sono trascorsi, senza la conciliazione dell'idea platonica della totalità con l'idea aristotelica dell'alterità ; anzi al contrario, interferendosi mutuamente esse perturbarono tutte le costruzioni effettuate sopra uno solo di detti termini. Si potrebbe credere che la nozione specifica di Aristotele avesse liberato il pensiero giuridico di ogni valutazione morale spuria per il giurista ; ma non fu così poichè la giustizia specifica di Aristotele rimase radicata, come una di più tra le virtù etiche particolari nel sistema morale la cui unità totalizzatrice conservava l'impronta di Platone. Leibniz, per esempio, la cui influenza fu immensa sui giuristi del suo mondo, prende la nozione romana del « vivere onestamente, dare ad ognuno il suo e non danneggiare un terzo » per identificare il « dare a ciascuno il suo » con la giustizia distributiva, il « non danneggiare un terzo » con la giustizia commutativa (che sono le due forme aristoteliche della giustizia particolare) e il « vivere onestamente » come giustizia universale, con l'idea della totalità di Platone. La traduzione del *honeste vivere* con *vivere secondo coscienza* — corrispondente nel linguaggio concettuale oggi in vigore fra gli studiosi di questo problema — dà un'idea di come il platonismo teneva soggiogato il problema della giustizia (1).

(1) Che l'agire con giustizia non significhi vivere con coscienza, benchè così possa essere dal punto di vista della morale, è cosa oggi risaputa e analizzata. Si pensi, p. es. : che il diritto si compie interamente con la realizzazione degli atti a cui è legato, indipendentemente da cattiva volontà o stato d'animo perverso con cui tali atti si realizzano, e che questa intenzione morale di soggetti privi di rettitudine, nulla toglie o dà al perfetto senso di pura giustizia che vi potrebbe essere oggettivamente in quel rapporto giuridico realizzato



Onde, sino al secolo XVIII, si parlerà della valutazione di giustizia sempre in termini morali, e mai in termini giuridici; e, quando il giurista del secolo XIX eliminerà dalle sue preoccupazioni le valutazioni morali, cadrà nel peccato di espellere anche le valutazioni di giustizia.

La teoria egologica nel far vedere che i valori di condotta sono immanenti alla libertà, può stabilire che sono valori giuridici tutti quelli che hanno una struttura di alterità, d'accordo con l'idea aristotelica. Solamente, oltre che la giustizia, è necessario incorporare l'ordine, la sicurezza, il potere, la pace, la cooperazione e la solidarietà. Ma in tal caso, d'accordo ora con l'idea platonica della totalità, la giustizia dà l'equilibrio e le proporzioni reciproche degli altri valori, che sono i suoi termini affini, come lo attesta il fatto che la giustizia accompagna ognuno degli altri come se fosse la sua ombra; per esempio, se un'istituzione realizza un buon ordine ma una cattiva solidarietà, è già per quello parzialmente giusta.

Mentre il pensiero tradizionale poneva la nozione aristotelica nella nozione platonica, la teoria egologica, viceversa, pone la nozione platonica entro la nozione aristotelica, a chiarire che la giustizia disimpegna in seno al plesso giuridico una funzione simile a quella che le attribuiva Platone rispetto ai valori morali. E con ciò invita il giurista moderno a tornare a parlare della giustizia, poichè gli ha offerto la possibilità di farlo in termini giuridici, non più in termini etici che egli ebbe a ripudiare. Parlare della giustizia in termini di: temperanza, purezza, nobiltà, carità ecc. porta a espressioni vaghe per la mancanza di affinità ontologica tra essa e questi termini. Invece diversa è la situazione se si parla in termini di ordine, pace, solidarietà ecc.

I valori giuridici costituiscono, dunque, un plesso assiologico presieduto dalla giustizia. Questa idea egologica del plesso valutativo che concilia veramente le due tradizioni classiche, scopre la sua struttura esistenziale avvertendo la ragione di appaiare visibilmente i valori subordinati. Infatti, l'ordine e la sicurezza più vicini tra di loro che agli altri valori, appaiono nel diritto come valori sociali per la loro esteriorità, tanto che si parla anche in senso proprio di ordine (piano) e sicurezza (protezione) riguardo alla natura. Alla loro volta il potere e la pace, anche se sono più vicini tra di loro che con gli altri, appaiono nel diritto come valori di esistenza per la loro personalizzazione, tanto che si può anche parlare in senso proprio di potere sopra sè stesso e di pace intima. In fine, la cooperazione e la solidarietà, sono anche tra di loro più vicine che con gli altri,

da essi. Lo stesso sarebbe il caso del giudice che dettasse venalmente una bella sentenza. Con ciò si vede poi, quanto fu infelice la tradizione aristotelica che voleva considerare la giustizia dell'alterità alla pari delle virtù morali, come una in più fra quelle, in un sistema a cui unità si baserebbe sulla totalità platonica del « vivere onestamente » o « vivere secondo coscienza » come equilibrio spirituale.



in un senso non metaforico solo ; sono valori di coesistenza. Cioè nella giustizia troviamo il mondo, la persona e la società profilando la struttura del suo contenuto.

XVI

Si fecero artificiose distinzioni nella giustizia, come quella nota di commutativa e distributiva, che ha solo creato pregiudizi all'unità del problema. Precisamente S. Tommaso, per coprire la notoria insufficienza di quella bipartizione, parlò come di una terza specie, di una giustizia sociale, in forma tale che, aggravando l'artificio analitico di ciò che non si deve atomizzare per essere conosciuto, anzi, al contrario, totalizzarsi per essere capito, venne ad essere fondamentalmente una superazione.

La teoria egologica raccoglie l'idea di S. Tommaso della socialità della giustizia, ma proiettandola sulla totalità del problema per eliminare ogni suddivisione, e con ciò, per eliminare ogni residuo platonico di una giustizia come virtù individuale. Non si può mantenere la giustizia sociale mettendola di fronte alle due forme classiche della giustizia individuale, perchè se si parla di vera giustizia, tutte, dicendo la stessa cosa, si ridurrebbero a una ; e questa non può che essere sociale per natura.

Infatti, il fondamento della socialità della giustizia, non ha, come dice l'idea tomista, il fine di costruire una specie a sè opposta alle due specie tradizionali, in una nuova comunità ipostatica degli individui che la compongono, bensì nella natura coesistenziale dell'esistenza umana. L'individuo puro e la società pura, scrive il Natorp, sono due astrazioni ; esiste solamente l'uomo in società ; cosa sarebbe dell'uomo come tale, senza la comunità, quando da questa prende linguaggio, costumi, credenze e conoscenza ? Ed aggiunge, dichiarando con sicurezza la coltura oggetto della comunità : nella comunità giace e si conserva la coltura ; ivi essa è un oggetto dato perchè tutti la facciano propria. La profonda distinzione di Ortega y Gasset fra il sociale e l'interindividuale (nel sociale, ognuno è un qualcuno impersonale, un « qualunque » che non ci accompagna, ma che integra la circostanza vitale della nostra esistenza ; nell'interindividuale, « l'altro » conserva la sua piena personalità ed articola tanto il modo di essere « in compagnia » della nostra vita individuale, che il nostro modo di essere « in solitudine ») e la sua nozione non meno profonda, che le credenze sono una realtà sociale nella quale l'uomo *stz essendo* — la credenza è il modo di presenza delle cose latenti — chiarisce decisamente il carattere sociale della vera giustizia.

In conseguenza, giustizia sociale vuol dire, parimenti, giustizia per tutti e in tutto ciò che ognuno fa come partecipante interferito dagli altri nella sua esistenza coesistenziale (aspetto ontico della socialità della giu-



stizia), allo stesso tempo che giustizia storica secondo il modello delle valutazioni collettive vigenti di segno positivo (aspetto ontologico della socialità della giustizia). In questo ultimo aspetto non si tratta del mero fatto sociale delle valutazioni vigenti come credenza imperante, poichè anche così la giustizia antisociale di un'epoca nel senso di essere ingiustizia sociale, è un fatto sociale. Le valutazioni collettive vigenti di segno positivo convengono a tutti i componenti del corpo sociale (e non unicamente ad alcuni) perchè la coesistenza esiste fra tutti; e convengono a tutto ciò che ognuno è per il diritto (e non unicamente a qualche qualità astratta di ognuno) perchè l'uomo va considerato nella sua realtà piena. Si tratta, dunque, in un senso di *migliorare* tutti in tutto. Soltanto che questo *migliorare* per molto meglio che sia, non può essere inventato e imposto, ma deve essere storicamente vissuto in qualche modo, perchè i valori arrivano all'uomo soltanto condizionati storicamente: si è vista l'opposizione degli schiavi per sottrarsi alla loro misera condizione; quanta maggiore opposizione vi sarebbe per seguire una formula di giustizia distillata nell'isolamento di una torre d'avorio!

Però, che sostanza intrinseca ha questo *migliore*, per essere giustizia e non ingiustizia?

XVII

La definizione greca dell'uomo come animale razionale, non ha perduto la sua forza, afferma oggi Cassirer. Al contrario, questa forza si è accresciuta, poichè non si cade più nell'errore secolare di identificare la vita umana con la ragione, bensì si considera la ragione soltanto come uno dei componenti essenziali della vita. Quando Heidegger ci dice che la caratteristica ontica dell'uomo è quella di essere ontologico, l'esistenzialismo rettifica profondamente la nozione dell'uomo come animale razionale.

Se la vera giustizia deve essere la ragione sufficiente che faccia razionale il diritto, che cosa è la ragione sufficiente e quale sarebbe allora la vera giustizia?

Contrariamente alla tradizione greco-occidentale, Weber, Kelsen e Radbruch credono impossibile determinarla, perchè la giustizia sarebbe un contenuto irrazionale che emerge storicamente dal più profondo della personalità. La classica definizione *suum cuique tribuere* per la sua intrinseca vacuità, sarebbe condannata a non poter determinare per sempre che cos'è il « suo » di ognuno.

Ma Heidegger, convalidando Aristotele, ci parla di una ragione di esistenza, di una ragione di essenza e di una ragione di verità, come le tre forme del principio di ragione sufficiente, che egli radica nella struttura della vita piena.



Su questa base la teoria egologica pone le tre questioni seguenti :

1) quale è la ragione di esistenza della giustizia ? Vale a dire, cosa è ciò che la fa essere realmente presente e non un mero fantasma incorporale di oltremondi platonici o semplice punto matematico di una ragione metafisica che proietta sempre soltanto la sua ombra in avanti ?

2) quale è la ragione di essenza della giustizia ? Vale a dire : consistendo l'essenza del valore nella sua bipolarità, cos'è quello che la fa consistere in qualche cosa che sia precisamente giustizia — poichè potrebbe essere ingiustizia — e non in qualche cosa, come l'essenza degli enti, la cui immutabilità esclude dal suo consistere una simile qualifica, in quanto il suo essere non si appoggia sulla possibilità di essere il contrario ?

3) qual'è la ragione di verità della giustizia ? Vale a dire, cos'è quello che dà forza di convinzione a qualche cosa come vera giustizia, e che in quanto ragione di convinzione, può avere l'intersoggettività universale della verità ?

E sebbene i tre aspetti del fondamento appaiono compenetrati nella unità del problema della giustizia, la teoria egologica risponde a queste domande nel seguente modo : il fondamento dell'esistenza della giustizia è la libertà, perchè ciò è l'uomo radicalmente e intimamente ; il fondamento dell'essenza della giustizia è la creazione, poichè in ciò la libertà differisce dall'immobile essere dell'ente ; infine il fondamento della verità estensiva della giustizia è la ragione, che, per svolgersi come identità, può segnalare l'eguale.

Ma una ragione immanente alla libertà, non è una eguaglianza, bensì una eguaglianza che implica lo sfarsi subito per lo stesso svolgimento della personalità libera, fino ad essere nuovamente ricostituita per una nuova creazione, sfacendosi di nuovo, e così senza fine. Secondo ciò la vera giustizia consiste nella creazione di eguaglianza di libertà come punti di partenza successivamente rinnovati. Il suo di ognuno è ciò che manca ad ognuno per essere in eguali condizioni di libertà con chi lo interferisce, nel momento dell'interferenza delle condotte. Invece di dare di più, in proporzione, a chi ha più meriti, come affermava Aristotele, la vera giustizia consiste nel dare di più a coloro che sono più in basso, per eguagliare: il punto di partenza nel presente vitale.

E così l'egologia fa capire il fondamento esistenziale del valore supremo della personalità umana nel diritto ; del valore di questo uomo la cui dignità intrinseca lo costituisce in un fine in sè, come disse Kant, con semplice grandezza. E' in gioco quella essenziale nobiltà di ogni vita, pure di quella che durante la sua esistenza ha dimostrato meno nobiltà ; nobiltà della vita in sè che, come felicemente commenta Ferrater Mora, soltanto la morte ci fa intuire nel falciarla, quando svanisce per sempre ogni possibile ignominia della vita.



XVIII

IL PROBLEMA PERI-SISTEMATICO DELLA GNOSEOLOGIA
DELL'ERRORE

Le sedici proposizioni precedenti presentano nel loro vincolo sistematico, cioè, staccando la relazione di piani collegati gli uni con gli altri, la tematica (e le soluzioni egologiche) di una filosofia del diritto che, per far perno sulla scienza dogmatica del diritto chiarendo tutti i presupposti di questa, porta — come filosofia — la garanzia di essere una tematica unitaria e completa.

Dunque, questi problemi, sono i problemi *intra-sistematici* di una filosofia della scienza del diritto, significando con ciò, come la locuzione ben esprime, che sono problemi implicati nella revisione specifica della nostra scienza, legati gli uni agli altri da rapporti filosofici interdipendenti. In tal senso, questi problemi filosofico-giuridici sono temi per la scienza giuridica; temi pre-tematici, condizioni della sua possibilità, presupposti latenti della scienza o come si voglia chiamarli, però sempre temi per essa perchè sono interni alla sua preoccupazione e chiariti sgombrano i loro orizzonti ed aprono la via al giurista per portare a termine la sua marcia senza smarrirsi. Certo, non temi scientifici della scienza giuridica, ma soltanto temi filosofici in essa in ragione della natura degli stessi; sempre temi interni alla scienza perchè offrono direttamente un punto di appoggio alle enunciazioni del scientifico.

Ma esiste un'altro problema che integra la tematica della filosofia della scienza del diritto in forma *peri-sistematica*. Questo nuovo problema concerne il sistema, ma non già come determinazione della verità e dei suoi fondamenti nel legame armonico di tutto ciò in piani di diversa natura. Questo problema è il seguente: la scienza dogmatica, come punto di partenza della riflessione filosofico-giuridica, è un prodotto storico della libera creazione culturale. In tal senso, questa storicità della nostra scienza non è un problema dell'oggetto (il diritto) di cui si occupa la nostra scienza, ma è un problema che importa, ora, alla scienza come tale, essendo trascinata dal movimento della storia e per emergere da questo movimento; come avviene se consideriamo un naufrago trascinato dalla corrente su di un legno salvatore, ove, una cosa è il paesaggio mutevole che si offre alla sua vista (oggetto empirico di conoscenza), altra cosa sono i presupposti *intra-sistematici* di questa conoscenza, tra i quali contano non soltanto l'essenza degli enti che compongono il paesaggio, ma anche il legno galleggiante a cui si appoggia il naufrago, ed una terza cosa è la corrente marina sulla quale galleggia e che lo sposta, cosa que-



sta, peri-sistemica dell'antecedente che, sebbene spiega l'apparire dei nuovi orizzonti, non spiega ciò che si troverà in essi nè la validità del nostro giudizio rispetto a loro.

Però, le metafore sono sempre perturbatrici. Ci basti segnalare come problema, la storicità della scienza giuridica, nostro punto di partenza nella filosofia del diritto quale libera creazione culturale; e mettere in rilievo che questa storicità è un problema esterno all'interesse scientifico del giurista, precisamente perchè è un problema interno alla propria scienza, come tale, che il giurista delinea con il suo lavoro. Chiariamo i fondamenti di questo punto, che ci è indispensabile, sul fatto noto che una verità riguardante la natura si esprime in un giudizio indipendente dal soggetto che fa l'enunciazione, mentre una verità sulla cultura si esprime in un giudizio non indipendente. Una verità sulla natura, per essere neutra al valore, si esprime in un giudizio indipendente dal soggetto che fa l'enunciazione, nel senso che se io dico che la terra gira intorno al sole, questa verità non dipende in alcun modo da me, come io stesso non sono compreso in essa; la terra continuerà a girare intorno al sole anche se io lo ignoro e anche se non fossi arrivato a formulare l'enunciazione. Invece, una verità giuridica — come pure qualsiasi altra verità di contenuto culturale — per essere di sostanza assiologica, si esprime in un giudizio non indipendente dal soggetto che la enuncia ed il suo valore non è completo finchè non è raggiunto il rapporto fra enunciazione e soggetto. Così, se io dico che la Venere di Milo è bella, ciò significa che lo è per me o per qualcuno; o se dico che un cappotto di pelle è utile per proteggere dal freddo, ciò significa non soltanto che è utile per qualche cosa, bensì anche per qualcuno (per me o per altra persona), come non lo è per l'orso bianco. Così, se un giudice condanna un delinquente a cinque anni di prigione, ciò significa non soltanto che c'è proporzione fra la colpa e il castigo, come se si trattasse di una proporzione indipendente che riguardasse unicamente questi due termini, bensì anche che questa è la proporzione del giudice, cioè che la sentenza è giusta per il giudice in rapporto a come egli vive il senso della giustizia; e a sua volta, se io, giurista, affermo che questa sentenza è giusta, ciò significa di nuovo non solo che c'è proporzione fra la trasgressione e il castigo, ma anche che questa è la mia propria proporzione, cioè che la sentenza è giusta per me in accordo a come vivo il senso della giustizia, quindi non è giusta per le mandrie della pampa (ipotesi che sarebbe priva di senso) e forse nemmeno lo sarebbe per i selvaggi dell'Africa Centrale (ipotesi per cui il senso sarebbe sentito in altro modo). Tutto ciò è così, perchè il riferimento a un soggetto tocca l'essenza del valore: il valore è sempre valore per qualcuno. Il carattere efficace di qualche cosa sorge in essa solo quando entra in relazione con una coscienza valutatrice, dice opportunamente Hes-



sen riconoscendo un fatto ammesso da tutti gli assiologi che parlano del problema con attualità. Non si può eliminare dal concetto di valore, un rapporto con un determinato spirito. Ciò non significa che il soggetto che valuta implicato nella relazione, possa decidere a suo talento ciò che ha valore e ciò che ne è privo; significa unicamente che il valore esiste nell'esperienza spirituale della coscienza di un soggetto e per essa; che non esiste nell'aria, come l'hanno presentato, con ipostasi riconosciuta, Scheler e Hartmann (1).

Ebbene, il fatto che la verità giuridica comporta un giudizio non indipendente dal soggetto che lo enuncia, mentre le verità naturalistica e matematica si basano su di un giudice indipendente, porta una conseguenza molto importante per quanto concerne il problema della verità e dell'oggettività nell'uno e nell'altro ambito.

La verità si definisce fenomeno logicamente come l'adeguazione tra il concetto dell'oggetto e l'intuizione dell'oggetto. A sua volta, anche secondo Husserl, l'oggettività significa intersoggettività; cioè che quello che è così per me lo sia anche per i più. Ciò spiega perchè un errore as-

(1) Questa incredibile confusione tra il fatto che l'esistenza del valore reclama la coscienza di un soggetto che valuta e l'idea che questa soggettività significa che il soggetto potrebbe decidere a suo talento ciò che ha valore e ciò che non ne ha, costituisce la principale deficienza dell'attacco che in Argentina rivolgono all'assiologia egologica alcuni giuristi molto distinti come, Sebastiano Soler, Riccardo C. Nuñez, Alfredo Orgaz, Luis Jimenez de Asua ed altri. È Soler che ha definito le linee con maggiori pretensioni, in un lavoro ricco di erudizione non assimilata (*Los valores jurídicos, en Revista Jurídica de Córdoba*, año I n. 2, 1947); e parlo di un'erudizione non assimilata perchè il preclaro criminalista, stando alla bibliografia che dà per sostenere il suo attacco, si muove nell'ambito della semplice e primitiva opposizione di soggettivismo e oggettivismo dei valori, nel duello Meinong-Ehrenfels, come lo narrò Ortega y Gasset un quarto di secolo fa, nella *Revista de Occidente*. Soler non vede che questo dilemma è superato — con superamento confermato — nell'esistenzialismo perchè la coscienza di un soggetto valutativo, come costitutiva dell'esistenza di un valore, non significa che il soggetto stesso sia la misura del valore. Ma la critica del Soler e dei suoi compagni di polemica non ha grande importanza perchè è di carattere ideologico, col vano tentativo di difendere il razionalismo giuridico a cui sono ascritti. Ciò fu posto in chiaro dalla scuola egologica, in forma indubitabile, analizzando l'errore della sua tesi principale che dice quanto segue: diritto penale liberale significa un giudice che applica meccanicamente la legge, e diritto penale totalitario significa un giudice creatore di diritto, nel suo ministero giudiziale (vedere su ciò: COSSIO, *El principio « Nulla poena sine lege » en la axiología egológica*, publicado en *La ley*, tomo 48, Buenos Aires, 1947; in *Boletín de la academia de ciencias políticas y sociales*, tomo XII, Caracas, 1947; in *Revista jurídica*, n. 43, Cochabamba, 1948 e in *Revista de jurisprudencia peruana*, n. 51, Lima, 1948. Vedi anche: ENRIQUE R. AFTALION, *El saber de los juristas como conocimiento por comprensión*, in *La ley*, tomo 49, Buenos Aires, 1948; JULIO CUETO RUA, *El racionalismo, la egología y la responsabilidad de las personas jurídicas*, in *La ley*, tomo 50, Buenos Aires, 1948; e LORENZO CARNELLI, *El conceptualismo y el Derecho procesal*, in *La ley*, tomo 51, e *El Juez como objeto del Derecho*, in *La ley*, tomo 52, Buenos Aires, 1948.



sai diffuso è a sua volta, un fatto sociale, vale a dire un fatto oggettivo nell'ambito sociologico. In quanto ogni scienza è cultura, comprendiamo perciò che la teoria astronomica di Tolomeo integra la storia dell'astronomia, vedendo con ciò che la storia di una scienza è non soltanto una storia di verità, ma anche una storia di errori. Tuttavia, non dimentichiamo che l'oggettività, essendo intersoggettività, non consiste nel fatto naturale del fenomeno astronomico, bensì nel fatto culturale della scienza astronomica che si rivolge a quel fenomeno. Invece, trattandosi di un fenomeno sociale, l'oggettività essendo intersoggettività, è presente due volte: una nel fenomeno da conoscere, che è cultura (ad es. il diritto di un popolo che è condotta) e un'altra nella scienza giuridica che si propone di conoscerlo (e che è altro fenomeno di cultura simile alla scienza dell'astronomo). Questa scienza e quella sono inseparabili dal soggetto perchè sono atti del soggetto diretti dalla valutazione della verità; ma, inoltre, soltanto il fenomeno sociale a cui tende la scienza sociale è inseparabile dal soggetto perchè è atto di soggetti diretti dalla valutazione di giustizia.

Questa doppia presenza dell'oggettività, imposta il problema dell'oggettività in modo particolare in una scienza come quella giuridica. Infatti: come ogni giudizio contiene, per significazione, la pretesa di verità, così anche ogni verità contiene per essenza la pretesa di oggettività. Ma trattandosi di una verità enunciata in un giudizio indipendente dal soggetto che la enuncia, il processo di oggettività — che è pur sempre di intersoggettività — solamente reclama un atteggiamento passivo degli altri soggetti, bastando per esso l'enunciazione e il semplice vedere l'enunciazione dei più. Perciò si è potuto credere, erroneamente, che la mera verità naturale o matematica sia, di per sè, oggettiva, cioè che la verità e l'oggettività fossero la stessa cosa. Il che non è esatto perchè la oggettività esige sempre un atteggiamento dei più, benchè in questo caso tale atteggiamento sia passivo. Precisamente si richiede un atteggiamento non passivo, per conferire oggettività ad un errore scientifico di tipo naturalistico o matematico come avvenne con la teoria astronomica nel processo di Galileo. Ciò che si può dire, è che l'oggettività segue senza sdoppiamento di istanza la verità naturalistica o matematica per cui esige dai più un atteggiamento semplicemente passivo, ma nulla di più.

Altra cosa accade invece, trattandosi della verità giuridica. Qui si presenta sdoppiato il concetto di verità e oggettività, perchè si tratta di una enunciazione per comprensione che non è indipendente dal soggetto che la formula; cioè, il soggetto, per essere compreso nell'enunciazione, non tiene un atteggiamento passivo rispetto alla cosa enunciata, bensì interviene attivamente col proprio atteggiamento nella costituzione di ciò che enuncia, di modo che il suo atteggiamento serve di misura quali-



ficativa rispetto a ciò di cui si enuncia l'essere. Perciò non basta l'enunciato in quanto corrispondenza tra concetto e intuizione (processo della verità), ma si chiede pure che l'enunciazione stessa — questo enunciare con tal enunciato come contenuto — sia un fatto sociale, vale a dire intersoggettivo, cioè oggettivo esso stesso (processo dell'oggettività). La oggettività di una verità giuridica richiede un atteggiamento attivo coincidente, o, il che è lo stesso, una valutazione coincidente da parte dei più che l'accettano poichè ognuno deve apportare la stessa misura costitutiva di ciò che si enuncia. La sentenza di un giudice può apparire come veramente giusta al giudice che l'ha emessa, se vi è adeguazione fra di essa e l'intuizione della giustizia con cui il giudice intende gli atti che ha giudicato, ma non apparirà come oggettivamente giusta se, inoltre, gli altri uomini non vivono la giustizia con lo stesso sentimento del giudice. Nella verità giuridica non basta il processo individuale della verità in quanto accordo fra intuizione e concetto, a cui sopravviene per di più il processo intersoggettivo dell'oggettività attraverso l'atteggiamento passivo dei più. Nella verità giuridica, il processo dell'oggettività integrante la teoria della verità, richiede un atteggiamento con un certo contenuto attivo da parte dei più; ciò che è un nuovo fatto perfettamente definito, integrativo per accoppiamento di quello che è motivo dell'enunciazione. E perciò nella verità giuridica, il processo della verità e dell'oggettività, appaiono sdoppiati anche se si coimplicano intenzionalmente (1).

(1) Avvaloriamo questa analisi marginalmente con un'importante glossa da noi studiata in altra occasione. Gli sforzi del sec. XIX per trovare un mezzo di interpretazione della legge, sorsero con l'intenzione e con la pretesa della verità scientifica. Interpretare la legge, significava conoscerla, e si cercava un procedimento o ricetta di metodo che, applicata alla legge, le desse chiarezza e capacità per venir applicata a casi concreti. La teoria egologica ha dimostrato che tutti questi intenti in quanto verità giuridica, sono radicalmente falsi perchè vogliono sostituire la coscienza del giudice con la ricetta di metodo, dimenticando che non si può prescindere dalla coscienza del giudice, perchè la verità giuridica è un enunciato non indipendente dalla coscienza di chi lo formula. Tra questi metodi, nessuno è più facile da esser posto in evidenza nei suoi aspetti ingannevoli del metodo esegetico quando rimette il significato della legge all'intenzione del legislatore che l'ha sanzionata. E così il metodo esegetico appare come la prima vittima costante di tutte le scuole successive, confutato da facili obiezioni. Certamente, malgrado sia falsa come verità, l'esegesi sopravvive nell'esperienza. Come spiegare questo fatto? Semplicemente in questo modo: malgrado l'intenzione scientifica nei riguardi della verità, diversa è la funzione compiuta dai metodi; è una funzione di oggettivazione che dimostra che altri, e non solamente il giudice, pensano o hanno pensato in questo o in quel modo, principalmente quando si tratta di leggi nuove sulle quali non vi è giurisprudenza stabilita. Nulla di più conveniente allora che di invocare l'opinione coincidente del legislatore per mettere in risalto un'intersoggettività. Perciò l'interpretazione esegetica perde forza di fronte a leggi vecchie o è inoperante di fronte a giurisprudenza stabilita in senso divergente. Ma il processo di oggettivazione che può compiere è evidente.



Anche con ciò si pone in evidenza ben maggiore l'accentuazione storica delle verità culturali paragonate con le verità fisiche o matematiche in quanto in esse l'oggettività integrante della verità esige, non un atteggiamento neutro o passivo da parte dei più, bensì un atteggiamento positivamente determinato nel suo contenuto; atteggiamento cui certamente, per forza, viene dato il suo contenuto dalla storia. Considerando la storia di una scienza qualunque, è nel problema dell'oggettività che si trova il tallone d'Achille del problema storico di tale scienza; e come abbiamo visto, ciò aumenta sensibilmente trattandosi di una scienza culturale come la scienza dogmatica del diritto.

Ebbene, come e in che misura integra il sistema della filosofia scientifica del diritto questo problema che pone la storia?

Precisiamo innanzi tutto il senso di storia. Non si tratta della storicità del diritto stesso come oggetto, della sua mutabilità nel tempo come appare in differenti paesi ed epoche, della sua trasformazione costante, della diversità delle sue istituzioni, della variabilità della sua presenza in perpetuo fluire, della molteplicità delle sue manifestazioni in interminabile maturazione, ecc. Tutto ciò è la storicità dell'oggetto che il giurista vuole conoscere e in tale senso questa storicità forma parte dei problemi intra-sistematici perchè si deve alla sostanza umana, culturale e spirituale, del fenomeno stesso. Il problema peri-sistematico non si riferisce alla storicità del diritto — dato del giusto e dell'ingiusto — bensì alla storicità della scienza giuridica, in quanto compromette il nostro criterio di verità riguardo alla possibile comprensione precisa e neutra di quel dato.

Ma bisogna anche intenderci sulla storicità della scienza giuridica. Non si tratta di prendere le diverse teorie e sistemi elaborati dai giuristi nella loro funzione di studiosi di gabinetto, per spiegare, nel modo più intelligibile, perchè uno sforzo dottrinario appare in continuazione di un altro, in ragione dell'insufficienza di questi come conoscenza o per le novità fenomeniche che sono sorte nell'esperienza sociale. Questa presentazione di uno svolgimento spirituale (quello della scienza del diritto), facendo chiara e intelligibile la connaturalità dello svolgimento stesso, è compito della scienza storica in ogni sua manifestazione; e in tale senso il nostro assunto sarebbe un capitolo della storiografia della coltura, di nessun interesse tematico per il giurista come giurista, e senza alcuna connessione con l'oggetto della scienza dogmatica del diritto; e perciò nemmeno il problema che integri il sistema della filosofia di questa scienza.

Ma la storicità della scienza giuridica diventa un problema di questa natura, in quanto si consideri quella storicità al rovescio di come la considera lo storico, vale a dire, risalendo dal pensiero teorico del presente verso i pensieri teorici del passato, per decidere quanto di verità abbia ognuno. Quindi qui interviene uno strano aspetto della scienza giuridica



che legittima questa prospettiva, e che garantisce a questo problema la sua partecipazione al sistema della filosofia della scienza del diritto.

In effetti, la verità giuridica, giacchè si riferisce a esperienze di libertà, non nasce poggiata semplicemente sul suo dato empirico, come nel caso della fisica, ma nasce sempre poggiata in parte sull'errore, affermandosi anche sul contrasto tematico delle opinioni divergenti in attitudine polemica.

Mentre per l'astronomo o il chimico, una teoria superata è semplicemente un errore e come tale è soltanto un pensiero falso da cui si libera solo prescindendo da esso; per il giurista, una teoria superata, è, oltre che un errore, un ostacolo presente, ed egli non si libera dall'errore trascurandolo, dovendo invece considerarlo nella forma polemica di una negazione articolata su di lui. In altre parole: mentre un dato di esperienza irriducibile a una teoria fisica, cancella automaticamente la forza di questa teoria perchè la sua mera presenza annulla l'irriducibilità; un dato di esperienza (ad es.: un'istituzione qualsiasi) irriducibile a una teoria giuridica, non cancella automaticamente la forza di questa, perchè in questo caso la mera presenza del dato non chiarisce sufficientemente quella irriducibilità (e non cancella la forza della teoria, sia perchè la teoria poggia su di una differente valutazione giuridica, sia perchè essa non è scesa sino al piano ontologico del diritto, di guisa che potrebbe mostrarsi perfettamente coerente con se stessa nel suo campo limitato, sia, in fine, perchè l'auto-enunciazione che è per il dato stesso la formula utilizzata dal legislatore, non corrisponde alla realtà del dato, dandosi con ciò una presenza apparente accanto alla presenza reale e servendo allora le parole legali di appoggio alla teoria; per la cui ragione una nuova teoria giuridica non solo na da poggiarsi sul dato di esperienza, ma anche deve eliminare la teoria falsa mostrando quale ne sia l'errore.

Se questo sia una situazione transitoria o una situazione connaturale con il tipo dogmatico del conoscere giuridico, non è il caso di decidere qui. Ma è sufficiente per spiegare il paradosso per cui la storia della scienza giuridica è parte integrante della formazione scientifica del giurista. Mentre la storia dell'astronomia non è un problema della conoscenza astronomica, la storia della scienza del diritto è un problema della conoscenza giuridica.

Storia della scienza del diritto? Certo che essa non si può dire esattamente storia, bensì gnoseologia dell'errore secondo quanto siamo venuti dicendo. Perchè accettando questa storicità della scienza giuridica oggetto di considerazione, il criterio storicistico dalla verità, risolvendo la verità nella storia, sembrerebbe affermare che ogni enunciazione scientifica, *nel suo momento*, vale e significa quanto un'altra, dato che, come



prodotti storici, non possono sciogliersi in esse l'enunciazione e il momento storico nel quale nasce.

Significa ciò che niente si possa obiettare di fronte a questo relativismo che dissolve, senza residui, la scienza nella storia? Si deve accettare senz'altro, che ogni verità scientifica non abbia altro senso che quello di essere un punto di vista, effimero e transitorio, che gli uomini di un momento hanno sui fatti e che — ed ecco ciò che è grave — il significato stesso di ogni enunciazione esprima la sua sostituzione da un altro punto di vista, in ragione del mero trascorrere del tempo?

In questo caso il significato non si riferisce soltanto all'oggetto pensato, ma anche alla sua sostituzione con un altro significato ulteriore, dal momento che solamente sotto questa condizione potrebbe essersi costituito quel significato. Questo è il tremendo relativismo della dottrina della verità di conio storicistico; relativismo molto più grave per la scienza del diritto che per la fisica, perchè se nella scienza del diritto la verità si integra con quella storicistica della scienza, secondo quanto abbiamo riconosciuto, come assegnare un posto alla storicistica della scienza, in una dottrina filosofica della verità che non la risolva nella storia?

Per la fisica, si dà un puro problema filosofico, del quale la scienza può disinteressarsi, proseguendo la sua opera qualunque sia la soluzione che il filosofo dia al problema. In tal senso, poichè la storia della fisica non è un problema della conoscenza fisica, la filosofia può dire al relativismo che una cosa è la storia ed un'altra la fisica. Ma nella scienza del diritto, il problema non è filosofico perchè la verità giuridica emerge appoggiandosi, in parte, alla scienza stessa storicamente prodotta; per la cui ragione la filosofia non potrebbe, in questo momento, proporre la stessa soluzione senza distruggere l'oggetto che dovrebbe salvare, vale a dire, che per rendere indipendente la verità giuridica, non si può dire che una cosa è la scienza del diritto ed un'altra cosa è la storia della scienza del diritto, perchè la verità che quella enuncia si integra, in parte, specialmente nel processo dell'oggettività con questa storia nel nascere poggiando sul suo contrasto *tematico*, secondo quanto abbiamo visto.

Così, dunque, il nostro problema non si radica nel fatto di un determinato regime giuridico, il quale è come è secondo appare nella esperienza storica e che si produce, esistano o non esistano giuristi che cerchino di conoscerlo scientificamente. Il nostro problema presente ha le sue radici nel fatto che il giurista, come scienziato, pretende conoscere la verità propria del diritto positivo, per cui adopera sempre un criterio di verità il cui funzionamento proverebbe che ciò che egli enuncia come verità del diritto positivo è, effettivamente, una verità. Di conseguenza, il nostro problema consiste, dunque, nel determinare se quel criterio di verità ha, anche, una natura metafisicamente storica o no. È in gioco la domanda:



cosa è la verità giuridica? che si presenta nella scienza giuridica come una nota costitutiva differenziale nei confronti della verità fisica della scienza fisica, secondo la nostra conclusione. E se il criterio della verità giuridica fosse di natura metafisicamente storica, allora la nostra verità si scioglierebbe nella storia e le affermazioni di un giurista, di una determinata epoca, sul diritto positivo, non potrebbero essere tacciate come errori metodologici — bensì soltanto come errori metodici (1) — risultando senza fondamento la polemica sui principii da cui emerge la scienza giuridica, perchè queste affermazioni non solo si sarebbero vissute subiettivamente come verità nella loro epoca, bensì, inoltre, da un punto di vista oggettivo sarebbero tutta la verità giuridica che in quella epoca poteva esserci. Viceversa, se il criterio di verità giuridica superasse lo storicismo si spiegherebbe la polemica dei principii contro gli errori metodologici, ma resterebbe tuttavia da spiegare perchè questa polemica pone il problema della possibilità della verità giuridica, nel senso differenziale innanzi segnalato per cui l'errore è estraneo alla verità fisica e non lo è alla verità giuridica.

E' in questo punto che appare la presentazione egologica della storia della scienza dogmatica come gnoseologia dell'errore e — senza equivalenti nella conoscenza fisica — la gnoseologia dell'errore con un compito positivo nella costituzione della verità giuridica. L'idea, verificabile, che la verità giuridica emerge appoggiata in parte agli errori superati, apre una strada filosofica sconosciuta per vincere il relativismo storicista, perchè riesce ad assegnare alla parte storica della scienza, come errore, un luogo *entro* la verità. Con l'assegnare all'errore come errore un luogo entro la verità giuridica — in quanto essa si appoggia, positivamente, al suo dato empirico, e negativamente, alle teorie superate —, non si elimina la storia nè si scioglie la verità nella storia. Se la storicità entra nel concetto giuridico del scientifico come errore e non come verità, la verità rimane assicurata contro ogni dissoluzione storicista, malgrado abbia accolto nel suo seno la storia senza alcuna mutilazione. Con questo, la filosofia ha, per lo storicismo, una risposta peculiare che si adatta all'indole della scienza giuridica e che non è la risposta in voga, valida forse per la fisica, ma entro la quale il giurista corre pericolo perchè egli non può dire, senz'altro, che una cosa è la scienza del diritto e un'altra cosa è la storia di questa scienza: la verità giuridica acquista una peculiare soli-

(1) L'errore metodico è un errore di fatto nel metodo; vale a dire, consiste nel cattivo impiego di un metodo corretto con l'incorrere in un sofisma formale (inosservanza delle regole del ragionamento) o in un sofisma materiale (cattiva costituzione delle premesse, per ignoranza, difetto di osservazione, di analisi, ecc.). L'errore metodologico è un errore di logica trascendentale, dovuto all'uso di un metodo inadeguato alla natura antica dell'oggetto che si vuole conoscere.



dità, quando ci giunge fondata anche sul contrasto tematico degli errori superati. E' questa un'esperienza immediatamente evidente ad ogni giurista.

Ora possiamo articolare con chiarezza l'oscuro problema che stiamo impostando :

1) Lo storicismo, come criterio della verità, dissolve la verità nella storia, e con ciò, pone in isacco l'idea della scienza. Questo problema appartiene alla filosofia generale ; e quantunque non lo si neghi come problema, lasciando alla filosofia il compito di affrontarlo, spetta alla filosofia della scienza del diritto l'impresa di distinguerlo dalla scienza giuridica, elaborando una teoria della verità giuridica che permetta al giurista di prendere un atteggiamento tanto libero quanto quello del fisico nel suo ambito.

2) Lo storicismo, per esempio, non pone problemi all'astronomia che si occupa degli astri e non di se stessa, poichè una cosa sono gli astri e un'altra la scienza astronomica e la sua storia. La storia dell'astronomia, nella sua situazione presente incide sull'astronomo ; ma questa incidenza non si riversa sugli astri con totale immediatezza, perchè i giudizi che formula l'astronomo sugli astri sono giudizi di valore indipendente dal soggetto che li enuncia.

3) La scienza del diritto non può liberarsi dallo storicismo con simile espediente, dicendo che una cosa è il diritto (comportamento istituzionale degli uomini) e un'altra è la scienza dogmatica e la sua storia, perchè la storia della scienza dogmatica, incidendo sul giurista, incide con immediatezza sull'oggetto diritto attraverso il giurista, in quanto i giudizi che questi emette sull'oggetto non sono indipendenti da chi fa l'enunciazione. Erroneamente si crede che la difficoltà provenga dalla storicità del diritto, in quanto un'istituzione non attua in alcun modo tutta la sua storia ; non è così perchè vi ha una peculiarità ontico-ontologica del nostro oggetto, e, per superare il problema relativo basta chiarirne le sue caratteristiche eidetiche e procurarsi i mezzi di giudizio adeguati a un oggetto storico. La difficoltà non proviene dunque dalla storia del diritto, ma dall'incidenza nel contenuto della conoscenza dogmatica, della storia della scienza del diritto. Il paradosso che ne risulta è chiaro : benchè il proposito del giudizio del giurista sia di riferirsi al diritto, includendo in qualche modo la formazione storica corrispondente che lo integra, il giudizio si riferisce anche allo stesso giurista come scienziato (1), e questo

(1) È chiaro che si deve limitare la nostra tesi a tutto ciò che, incidendo sulle enunciazioni del giurista, proviene dalla sua concezione della scienza giuridica come teoria e nulla più. Ciò che il giurista classifica come valutazioni per comprendere la condotta istituzionale degli uomini, o è il senso storico dell'oggetto diritto e appartiene al problema on-



implica una formazione storica di natura eterogenea all'altro intento. Come dunque, inserire nella verità giuridica l'intento di valutazione che è uno, con l'enunciazione risultante che è duplice ed eterogenea? È evidente che l'enunciazione della verità di una cosa esclude l'enunciazione di due cose come vere se queste fossero eterogenee. E il problema sta nel non escludere dall'enunciazione la seconda cosa, perché è inseparabile dalla prima, nonostante che l'enunciazione di verità possa essere soltanto una.

4) Poiché la scienza giuridica non può dare la stessa risposta della scienza fisica, i filosofi della cultura ritengono che, in questo problema, lo storicismo prospetti alla conoscenza giuridica lo stesso problema di dissoluzione della verità nella storia che la conoscenza filosofica custodisce come un'aporia o poco meno con la conseguenza che non si potrebbe parlare di verità giuridica quando non si provasse di dover parlare di verità filosofica, e per la stessa ragione. Senza dubbio questo intervento della filosofia per pronunciarsi sui problemi propri di una scienza, sostituendosi alla scienza, rivela il vecchio e noto vizio metodologico di filosofismo, il cui « pendant » è lo scientificismo quando la scienza cerca di sostituire la filosofia nei problemi filosofici. Per comprendere quanto falsa sarebbe una tale impostazione, basta osservare che il giurista prosegue il suo compito di scienziato senza sperare che il filosofo possa dargli previamente la sua assicurazione circa il carattere di verità di quanto afferma. Anche questo carattere di verità è chiesto dalla scienza del diritto all'esperienza, e solo ad essa.

5) Da quanto detto risulta assai chiara l'urgenza dal punto di vista filosofico, di separare, come problemi, quelli che la verità propone alla filosofia da quelli che propone alla dogmatica del diritto. Lo storicismo rimane il tema della prima, di guisa che il giurista può, a questo riguardo, prendere lo stesso atteggiamento del fisico, pur dicendo altre cose specifiche e adeguate alle modalità del suo sapere.

A questo punto interviene la tesi egologica, per cui la verità giuridica si imputa un fatto istituzionale e, inoltre, un errore quando il fatto storico dei giuristi scienziati è tale. La verità fisica si imputa un fatto e nulla più, benché da essa inferisca un *errore omogeneo* per ogni proposizione contraria al suo enunciato. Ma la verità giuridica si imputa un suo fatto corrispondente e inoltre non inferisce, bensì si riferisce a un *errore eterogeneo* quale è il fatto delle teorie giuridiche superate su cui insiste il giurista.

tologico o è un'ideologia politica e manca di ogni rilievo per la conoscenza. Invece tutto quello che, pur di origine storica, provenga dalla nozione che il giurista possiede della sua scienza (metodo, categorie della concettualizzazione, concetti puri, astratti, e indole ontica dei problemi ecc.) o è la forma della verità che non si basa sulla storia, bensì sull'analisi gnosologica e sulla sua adeguazione all'esperienza giuridica; o è un errore superabile la cui presenza ha esclusivamente una spiegazione storica nell'animo del giurista.



Qui in questo secondo aspetto sta l'incidenza della storia della scienza del diritto nella verità giuridica, ma come gnoseologia dell'errore (1) Con

(1) Forse un esempio ci chiarisce il punto: supponiamo che un giurista egologico assuma il compito di studiare il regime delle persone nel diritto argentino. Certamente avrà da lavorare intorno alle nostre leggi, sentenze e costumi, non solo in quanto dichiarano profili esterni di una effettiva condotta collettiva, ma anche in quanto esprimono certe valutazioni viventi di tipo comunitario, rispetto a questa condotta. Tutto ciò costituisce per il nostro giurista come il dato che vuole studiare e su cui corre anche, senza dubbio, un'illuminazione storica, in quanto questo dato si è formato storicamente e nella misura in cui questa storia sussista ancora nel dato che si considera. Per adempiere il suo compito, il giurista deve realizzare operazioni intellettive, sensoriali e comprensive, secondo quanto abbiamo esposto nel testo, essendo opportuno ricordare che l'esercizio del suo *comprendere* lo pone nell'alternativa di parlare come un ideologo o di rivivere sentimenti spirituali dati, i quali, pur incontrandoli direttamente nella sua anima, appartengono anche oggettivamente al gruppo sociale di cui fa parte. Per questo, cioè per non commettere un peccato di ideologia, l'illuminazione storica serve moltissimo, purché si sappia esser docili alla via che ci indica.

Ma ecco che il nostro giurista egologico trova che altro giurista lo ha preceduto nel suo lavoro. Dato il caso di un giurista razionalista che con la teoria della personalità della maschera di Ferrara ha studiato pur egli il regime delle persone nel diritto argentino, può il giurista egologico prescindere assolutamente da quanto gli dice l'opera del giurista razionalista? Indubbiamente no, perché la scienza non è un'opera personale che stia sempre per cominciare di nuovo, bensì un'opera di collaborazione prodotta dal sapere di molti. Entrambi i giuristi hanno lavorato sullo stesso dato e sarebbe insensato che il giurista egologico non approfittasse di quelle che fossero scoperte del giurista razionalista come per esempio connessioni normative insospettite, modi di condotta inattesi, percezioni di situazioni di fatto inavvertite, echi storici ignoti ecc., oltre al controllo che il confronto col pensiero altrui dà al suo proprio pensiero.

Senza dubbio, dal punto di vista di questa utilizzazione dei dettagli, vi è una divergenza di insieme, perché tutto il lavoro di quel giurista razionalista viene presentato e costruito dalla teoria della maschera. Ciò significa che il dato si vede svisato e che a seconda dell'angolo focale scelto vi sono cose delle quali si parla erroneamente e cose di cui non si può parlare in alcun modo, nonostante si presentino come dato. Così ad esempio il nesso di realtà che esiste tra l'uomo e la persona nel diritto non può essere appreso dalla teoria della maschera. Di conseguenza, il giurista egologico, per approfittare del lavoro del giurista razionalista, ha da filtrarlo, cioè da spogliarlo di tutto quanto sia conseguenza del punto di vista scelto da lui, restando solo coi suoi riferimenti ai dati e con l'apporto personale che avrebbe dato su queste basi.

La domanda: che cos'è essere persona per questo autore? è insita necessariamente nella riflessione che sulla sua opera compie il giurista egologico; per cui si vede che questi, considerando l'opera del giurista razionalista, si è incontrato non solo con una ricerca degli stessi dati che gli interessano, bensì anche con una risposta a quella domanda, per questo che appare polemico il suo contatto col giurista razionalista; qui è in gioco l'altra storia, la storia dell'errore come errore, che non è la storia collettiva dell'istituzione della personalità, ma la storia individuale dell'intelletto del nostro giurista razionalista, poiché la sua messa a fuoco deformante ha o riceve una spiegazione sufficiente dalla storia della nostra scienza, in cui sta il giurista come giurista e che egli forma col suo lavoro.

Ma la dimensione polemica del sapere giuridico e la gnoseologia dell'errore hanno ancora un tono molto più perentorio di quello che abbiamo presentato ora.



ciò si potrà spiegare il carattere polemico della scienza giuridica, mentre si inquadra nella verità giuridica l'intento di valutazione che è uno, con l'enunciazione risultante, che è duplice ed etereogenea: la verità giuridica non si sposta accogliendo nel suo seno l'errore come errore. Invece se lo integra e, grazie a lui può presentarsi nella duplice pienezza della sua enunciazione senza diminuzione dell'unicità della sua affermazione di verità.

E in ciò che concerne la diversa questione che lo storicismo pone alla conoscenza filosofica, non si può dimenticare che non vi è un fatto filosofico dato all'intuizione sensibile come vi è invece un fatto giuridico (intuizione empirica della condotta istituzionale); per cui la storia della filosofia gravitando sul filosofo, gravita immediatamente su tutta la filosofia; mentre la storia della scienza giuridica gravita unicamente sull'errore quando si enuncia una verità.

Si svolge quindi, come gnoseologia dell'errore, un'investigazione sulla formazione storica della scienza dogmatica del diritto, per puntualizzare e chiarire tutti i problemi ultimamente studiati. Ma questo è un compito che merita considerazione a parte (*).

In effetti basta supporre, nel nostro esempio, che il legislatore avesse disciplinato la personalità con una concezione organicistica della persona. Si presenterebbe ancora al giurista egologico il compito di filtrare per separare entro ciò che è realmente dato dal legislatore — cioè le norme effettivamente sanzionate da lui nella sua insostituibile funzione specifica — e quanto vi è di teoria deformante che non giunge a esprimere adeguatamente la verità del compito da esso adempiuto. Gli stessi problemi appaiono ora in termini più acuti ed inevitabili. Il fatto che il legislatore abbia nella sua mente una determinata teoria non vuol dire che questa teoria si faccia realtà, perchè occorre non dimenticare che il legislatore lavora in accordo con essa. La realtà ha sempre componenti ontici e ontologici privativi che la scienza investiga direttamente e per proprio conto; e ciò che il legislatore può dare, sono solo le norme che integrano questa realtà. Altra cosa sono le idee scientifiche che egli ha e con le quali prende coscienza buona o cattiva del suo compito

[(*) Traduzione del dott. ATTILIO BALDI e della dott. VITTORIA AMBROSETTI SALVI]

