

LUIGI BAGOLINI (Bologna)

---

FEDELTA' AL DIRITTO E INTERPRETAZIONE

SOMMARIO. 1. Metodo formale e giurisprudenza degli interessi.—2. Scelta del metodo. Coefficienti valutativi e diverse concezioni implicite o esplicite relative alla struttura della norma giuridica. Fedeltà alla legge e concezione dell'attività del giudice come "creazione".—3. Punti di vista contrastanti in una recente polemica.—4. Conseguenze dell'introduzione del concetto di "creazione" riferito all'attività del giudice e relative antinomie.—5. Il contrasto fra "creazione" e fedeltà alla legge. Il principio di "continuità". Il punto di vista del giudice e il punto di vista del "common man".—6. Difficoltà riguardanti la riduzione di una concezione dell'esperienza giuridica in termini di tempo obiettivo.—7. Ipotesi qui proposta.—8. I cosiddetti elementi estralegislativi. Interpretazione e decisione: relazione di conoscenza e volontà.—9. La nozione di "cosmo giuridico". Principi in cui si determina il "cosmo giuridico". Funzioni e limiti del principio di eguaglianza. Il "cosmo giuridico" nella sua esplicazione attraverso l'attività del giudice.—10. Comparazione delle situazioni in conflitto. Esempi e polemiche.—11. Caratteri e fondamenti di argomentazioni addotte per giustificare decisioni.—12. Limitazione dell'arbitrio nelle decisioni.—13. Valutazione critica e condizioni di efficacia del "balancing approach".

(Per la collaborazione esprimo gratitudine al dott. Ennio Minervini e sono pure grato al dott. Roberto Escobar per l'aiuto offertomi.)

1. Dalla storia della metodologia giuridica, in materia di interpretazione<sup>1</sup>, emergono due atteggiamenti tendenziali la cui rilevanza è tuttora attuale. Primo atteggiamento: metodo di sussunzione; concezione dell'ordinamento giuridico come sistema chiuso di concetti giuridici; primato della logica analitica nel senso del cosiddetto procedimento di inversione ("Inversionsverfahren"), "consistente nel ricavare, mediante la deduzione logica da concetti giuridici generali, nuove massime giuridiche non espresse nella legge" (là dove sono presi "in considerazione soltanto quei concetti giuridici che la scienza del diritto "astrae" innanzitutto dai singoli comandi legislativi", onde appunto derivare "nuove massime giuridiche da quelle nozioni generiche che sono state create per induzione sulla base delle norme esistenti"<sup>2</sup>).

- 
- 1) In varie sue opere M. REALE tratta il problema dell'interpretazione giuridica. Sono da segnalare particolarmente le pp. 235 ss. del suo libro: *O direito como experiência. Introdução à epistemologia jurídica*, São Paulo, 1968, di cui la trad. it. *Il diritto come esperienza*, Milano, 1973, è preceduta da un importante saggio (*Il problema dell'esperienza giuridica*, alle pp. 1-76) di D. COCCOPALMERIO. Fra i pregi di quest'opera di Reale è da notare, per ciò che qui interessa, una visione estremamente articolata dei vari aspetti e momenti del processo interpretativo contro ogni sterile riduttivismo o "reductionism" (come dice R. S. SUMMERS: *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, 1968, p. 10). Ma la ricchezza di motivi in cui si determina il pensiero di Reale è esplicazione di una concezione unitaria e non meramente sincretistica del "cosmo giuridico". Nella vastissima letteratura vedi pure il libro di VILANOVA *Curso de filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970, pp. 329 ss., cui rimando anche per gli autori in esso citati. A un livello diverso di discorso cfr. P. DOURADO DE GUSMAO: *Introdução à ciência do direito*<sup>4</sup>, São Paulo, 1969. Interessa qui particolarmente tutta la trattazione di J. STONE: *Legal System and Lawyer's Reasonings*, London, 1964, pp. 209-234. Nella letteratura italiana più recente è molto importante tenere calcolo — anche per tutti i riferimenti bibliografici — della pregevole trattazione sulla *Interpretazione* di E. PARESCHE, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 153-237.
- 2) Vedi, in riferimento alla "giurisprudenza concettuale" dal punto di vista della "giurisprudenza degli interessi", K. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Goettingen, Heidelberg, 1960, pp. 53-54, trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, pp. 73-74. Per ciò che riguarda la cosiddetta "scuola dell'esegesi" e le nuove forme attraverso le quali fino ad oggi ha esercitato la sua influenza vedi (con riferimento a S. SOLER: *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, pp. 12-13) l'importante libro di M. LINS: *The Philosophy of Law*, Rio de Janeiro, 1971, pp. 104 ss. Dal suo punto di vista Ph. HECK (*Die reine Rechtslehre und die jungoesterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1924, pp. 173-193) critico fortemente non soltanto

Il secondo atteggiamento metodologico, quello che trova una sua espressione nella cosiddetta giurisprudenza degli interessi, si pone come superamento dei limiti del primo. I limiti del primo atteggiamento derivano, secondo Heck che qui prendo ad esempio, da una unilaterale concezione della struttura delle regole giuridiche. Tale unilateralità consiste, sempre secondo Heck, nel fatto per cui la regola giuridica è esclusivamente pensata nella sua "Gebotsseite" e di conseguenza —ripeto— sono principalmente rilevanti quei concetti giuridici che la scienza del diritto astrae dai singoli comandi legislativi. La "Rechtsordnung" è assunta esclusivamente come "Gebotsordnung". Senonché, secondo Heck, l'ordinamento giuridico non ha soltanto una "Gebotsseite", ha anche una "Interessenseite"; "Die Rechtsordnung ist eine Interessenordnung. Die Gesetze sind Entscheidungen von Interessenkonflikten"<sup>3</sup>. Le leggi hanno la funzione di risolvere eventuali conflitti di interessi. Questa funzione, avrebbe detto Duguit, fa capo alla esigenza giuridica della solidarietà sociale da intendere quale integrazione di interessi socialmente e ambientalmente emergenti<sup>4</sup>. Comunque, secondo Heck, per conoscere una norma e applicarla bisogna conoscere la sua "Interessenseite", cioè interpretarla nella prospettiva che essa pone di un inte-

---

Kelsen ma quelle da Heck stesso considerate teorie pure del diritto di F. Kaufmann e di F. Sander. In relazione alla vecchia direzione metodologica della giurisprudenza dei concetti HECK nei confronti del sistema di Kelsen si esprime, fra l'altro, nel modo seguente: "Das erstrebte System ist nun im Sinne der aelteren Richtung als ein solches gedacht, das die Ableitung aller Unterbegriffe und Rechts-saetze aus moeglichst wenigen Grundbegriffen ermoeglicht" (*op. cit.*, pp. 185-186).

- 3) HECK: *Die neue Methodenlehre Mueller-Erzbachs*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1935, p. 270. Vedi inoltre il dilemma metodologico posto da HECK in *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, Tuebingen, 1936, p. 11. Cfr. il mio *Visioni della giustizia e senso comune*<sup>2</sup>, Torino (edit. Giappichelli), 1972, p. 258, e prima il mio *Le choix de la méthode en jurisprudence*, in *Logique et analyse*, 1958, pp. 50 e 57. Cfr., anche per ciò che qui segue. A. KAUFMANN: *Grundprobleme der zeitgenoessischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*. Frankfurt a. M., 1971, pp. 52-55.
- 4) Vedi, per una interpretazione del pensiero di L. DUGUIT e i relativi riferimenti bibliografici il mio *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., pp. 335-374.



resse "prevalente" e di un interesse "cedente" in vista di un possibile conflitto di interessi<sup>5</sup>.

Il pensiero di Heck non è stato sempre rettamente inteso da coloro che non hanno tenuto calcolo del fatto per cui il problema dell'interpretazione giuridica secondo questo autore presuppone una concezione della struttura della norma giuridica la quale, implicando in se stessa una "Interessenseite", non è riducibile alla rappresentazione della norma giuridica dagli autori a cui Heck si oppone. Il problema dell'interpretazione presuppone il problema riguardante i caratteri di quella che, secondo Heck, è la vera struttura della norma giuridica (intesa la parola "struttura" in senso generico, a prescindere dai significati specifici ad essa attribuiti in vari settori dal cosiddetto strutturalismo contemporaneo). Dunque il giudice, secondo Heck, deve essere fedele alla legge intesa compiutamente nel suo duplice aspetto: "Gebotsseite" e "Interessenseite", e non esclusivamente né parzialmente o unilateralmente come "Gebot". La salvaguardia della fedeltà alla legge corrisponde indubbiamente alle intenzioni di Heck e della maggior parte degli autori esponenti della cosiddetta prima "Interessenjurisprudenz".

2. Nonostante tutto, il valore della fedeltà alla legge, anche se intenzionalmente tenuto fermo e salvaguardato da Heck, sembra di fatto minacciato e contraddetto proprio dalla estensione della considerazione della struttura della legge alla stregua della sua "Interessenseite". E' aperto il campo a coefficienti valutativi e ideologici. Tali coefficienti possono influenzare l'interprete nella determinazione di quelli che, secondo lui, siano gli interessi giuridicamente "prevalenti" in rapporto a quelli giuridicamente "cedenti". Ciò anche in considerazione della differenza fra il tempo in cui una norma giuridica

---

5) "Schon der Student muss wissen, dass er sein Augenmerk stets auf den *Zusammenhang zwischen Recht und Leben* zu richten hat" (HECK: *Grundriss des Sachenrechts*, Tuebingen, 1930, p. IV). Per cui, al di là dei limiti delle costruzioni concettuali e sistematiche ci sono i *Lebensinteressen* da esaminare, "ponderare" e valutare. Naturalmente HECK usa la parola "interesse" nel senso più ampio, ad indicare anche aspirazione a beni ideali, valori morali individuali e sociali, ecc. (ad es. *Grundriss des Schuldrechts. Anhang: Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, Tuebingen, 1929, p. 472).

è stata emanata e il tempo in cui è applicata. Si pensi alla possibilità di estensione dell'art. 938 del codice civile italiano a una fattispecie di occupazione abusiva e in buona fede di spazio aereo. Ci si riferisca, ad esempio, a un Tizio e a un Caio condomini, proprietari rispettivamente del piano inferiore e del piano superiore di un edificio distrutto durante la guerra. Per la ricostruzione Tizio si impegna con Caio a non superare una certa altezza che poi invece di fatto supera.

Secondo l'articolo 938 "se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni". Può Tizio in base a questa norma evitare la demolizione di ciò che ha costruito? Stando alla "Interessenjurisprudenz" di Heck bisogna tenere conto —io credo— di quello che sia nell'"Interessenseite" normativa l'interesse "prevalente" rispetto all'interesse "cedente". Senonché può darsi che l'interesse giuridico prevalente di incrementare le costruzioni edilizie attribuibile alla formazione dell'art. 938 non sia più attualmente plausibile secondo alcuni giudici e invece lo sia secondo altri<sup>6</sup>.

Può darsi che non esista una opinione comune dei giudici per ciò che riguarda la determinazione di un interesse prevalente da attribuire a una norma nel momento e nell'ambiente sociale della sua applicazione.

---

6) Per una sentenza della italiana Corte di Cassazione e le relative discussioni dottrinali vedi il mio *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., pp. 255 ss. Del resto, come dice REALE (*Filosofia do direito*, São Paulo, 1965, p. 483) in riferimento alla legislazione brasiliana, "...por exemplo, se a técnica de edificação sofreu uma alteração substancial com o advento do cimento armado e das grandes estruturas metálicas, todas as regras do nosso Código Civil, de 1916, destinadas a definir as responsabilidades do construtor ou do locatário, no tocante à "estabilidade do edificio" sofrem uma revisão inevitável, adaptando-se as palavras do legislador aos novos dados postos pela revolução tecnológica".

Inoltre il fatto stesso per cui si presenti una alternativa metodologica e quindi il problema di una scelta corrispettiva fra giurisprudenza formale (inteso l'aggettivo "formale" nel senso a cui mi sono riferito) e giurisprudenza degli interessi ripropone, anche sotto questo aspetto, la questione dei coefficienti sia soggettivi sia ambientali sia ideologici, ecc., suscettibili di intervenire nella scelta. La possibile varietà di tali coefficienti sembra contrapporsi al valore di fedeltà nei confronti della struttura e del contenuto della legge. Per cui sorge la domanda: quale legge, quale struttura, quale contenuto? E tali interrogativi non sembrano privi di senso se è vero, come dicevo, che alla base di una interpretazione giuridica pensata alla maniera della "Interessenjurisprudenz" c'è la previa assunzione di una rappresentazione della struttura della legge ("Gebotsseite" e "Interessenseite") diversa dalla rappresentazione della struttura della legge assunta dagli esponenti della metodologia interpretativa cui gli autori della prima "Interessenjurisprudenz" si contrappongono. Il valore della fedeltà al diritto sembra dunque essere, più che limitato, incrinato dalla varietà di ciò a cui si debba essere fedeli e dalle relative scelte, quindi anche dai vari fattori "metalegislativi" che possono intervenire, di volta in volta, a condizionare tali scelte nelle diverse situazioni in cui l'interprete viene a trovarsi<sup>7</sup>.

In definitiva, nella giurisprudenza degli interessi di Heck, presa qui, ripeto, come fondamentale punto di riferimento, c'è il valore della fedeltà alla legge esplicitamente proclamato, ma ci sono anche impliciti elementi contrastanti con tale valore. Ora, in relazione a questi elementi (e anche indipendentemente dal contrasto specificamente inteso di "giurisprudenza

---

7) In tema di interpretazione cosiddetta teleologica intesa in senso lato, non esclusivamente riducibile in termini di giurisprudenza degli interessi specificamente intesa, E. BERNHEIMER in un libro complessivamente assai notevole diceva: "... Im Resultat mit der teleologischen Interpretation verwandt —daher auch de lege ferenda ungefaehr deselben Bedenken unterligend—, aber mit ganz anderer theoretischer Voraussetzung und Begrueundung ist das Prinzip der freien Rechtsfindung extremer Richtung ... Es gaebe dann soviel willkuerliche Herrscher als Richter im Staat, wofern diese "unabhaengig" sind; und wenn sie es nicht sind, waere es vielleicht noch schlimmer". (*Probleme der Rechtsphilosophie. Mit einem Geleitwort von H. Kelsen*, Wien, 1927, p. 30).

dei concetti" e di "giurisprudenza degli interessi") si è parlato e si parla sempre più di "creazione"; si usa questa ultima parola per indicare il carattere fondamentale dell'attività del giudice. Oggi sembra da più parti essere ammesso senza eccezione — come dice Larenz — che ogni sentenza giudiziaria è una prestazione creatrice ("*schöpferische Leistung*")<sup>8</sup>. Ma, sotto questo aspetto, il principio della creazione aggredisce il principio della fedeltà (mi esprimo — per ragioni momentanee di comodo — in maniera schematica e metaforica). Ed è naturale che chi senta l'importanza del valore della fedeltà al diritto cerchi di porre un limite all'invasione del principio di creazione.

3. Almeno a prima vista, qualche autore sembra oggi volere porre un limite alla creazione e determinare uno spazio per la fedeltà. Nell'ambito e ai limiti di questo spazio si cerca di fare funzionare (come risulta da una letteratura anglosassone) una certa analisi del linguaggio morale e giuridico esclusivamente empirica (almeno secondo le intenzioni dei suoi autori). Ad esempio, Hart<sup>9</sup> distingue fra ciò che egli chiama "core", cioè la parte centralmente significativa di una regola giuridica e ciò che egli chiama "penombra". Una norma proibisce l'introduzione di veicoli in un parco pubblico. E' chiaro ed evidente, secondo Hart, che tale proibizione si riferisce alle automobili ma non è altrettanto evidente che si riferisca alle biciclette, ai pattini con rotelle, ai vari veicoli su ruote con i quali giocano i fanciulli nei giardini o agli aeroplani, ecc. Di conseguenza, una parola come "veicolo", nel suo uso ordinario e nel suo uso giuridico può avere sia un significato centrale ("core"), tipico, universalmente accettato, sia sensi sfumati e

8) Vedi LARENZ, op cit., p. 60; trad. it. cit. Cfr., ad esempio, J. BRUGGEMANN: *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlin, 1971, pp. 38, 40. Ma, per ciò che riguarda gli autori della "Interessenjurisprudenz", basta tenersi presente ciò che dice HECK (*Die reine Rechtslehre und die jungoesterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, cit., p. 177) sul carattere creativo sia della giurisprudenza sia della dottrina giuridica.

9) Vedi H. L. A. HART: *Positivism and the Separation of Law and Morals*; L. L. FULLER: *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, rispettivamente, pp. 593-629 e pp. 630-672. Vedi successivamente di FULLER: *The Morality of Law*, New Haven, London, 1964, e la relativa importante recensione di A. H. CAMPBELL, in *The Modern Law Review*, 1965, pp. 370-373.

intermedi corrispettivi a una "penombra" di casi incerti rispetto ai quali non è evidente se la parola possa essere o non essere chiaramente indicativa<sup>10</sup>. Ebbene, da ciò deriva necessariamente (anche se eventualmente e per certi aspetti contro le intenzioni di Hart il cui discorso è alquanto complesso e ricco di sfumature) che solo riguardo al significato centrale e tipico di una parola contenuta in una norma (cioè riguardo a uno "standard case" e a una situazione tipica) si possa dare la verifica empirica della fedeltà dell'interpretazione. Negli altri casi di "penombra" gioca invece la scelta dell'interprete: il giudice si trova in mezzo ad incertezze per cui deve fare delle scelte entro i limiti più o meno larghi del "diritto vigente"<sup>11</sup>.

In una ben nota replica nei confronti di Hart, Fuller insiste fra l'altro sulla impossibilità di incentrare il problema dell'interpretazione sui significati di alcune parole prese singolarmente: neppure è possibile, secondo Fuller, determinare il significato centrale e tipico di una norma come se si trattasse di qualcosa di oggettivo e indipendente dalle scelte e dalle valutazioni dell'interprete. L'interpretazione è inoltre sempre contestuale (non singole parole ma contesti). Non si tratta, ad esempio, del significato oggettivamente chiaro e tipico della parola "veicolo" ma della finalità cui si ispira, dal punto di vista dell'interprete, il contesto legislativo in cui è inserita la parola "veicolo". Non sembra infatti sempre chiaro né sempre evidente che il divieto di condurre un veicolo in un parco pubblico debba riguardare le automobili o gli autocarri. Si dia il caso —dice Fuller— che alcuni patrioti vogliano porre in un parco, su di un piedistallo, un autocarro usato nella seconda guerra mondiale, mentre altri cittadini, considerando questo tipo di ricordo commemorativo esteticamente sgradevole, per impedirne l'installazione si appellino alla legge che proibisce l'introduzione di veicoli nel parco pubblico. Ammettiamo che l'autocarro che i patrioti vogliono porre sul piedistallo sia in perfette condizioni di efficienza. In questo caso, accet-

10) Vedi HART, *op. cit.*, pp. 606 ss.; trad. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* nel vol. *Contributi all'analisi del diritto* che contiene vari saggi di HART (traduzione, introduzione e note di V. FROSINI), Milano, 1964, pp. 128 ss.

11) HART, *op. cit.*, p. 629; trad. it. cit. p. 166.

tando il punto di vista di Hart, non si può stabilire se l'auto-carro rientra nel significato centrale tipico oppure nella "penombra" del senso evocato dalla parola "veicolo".

Fuller si oppone insomma con questo ed altri argomenti alla distinzione di Hart fra il significato oggettivo centrale, giuridicamente rilevante, di una parola e la "penombra" del suo significato<sup>12</sup>. Ma facendo cadere questa distinzione Fuller fa cadere anche quella che, alla fin fine, può apparire, come dicevo, il limite della creatività dell'interprete (della creatività, in rapporto con la "penombra") ripetto alla fedeltà dell'interprete, in quanto la fedeltà sia riferibile alla presunta oggettività e chiarezza di certi significati tipici e centrali distinti dalle loro rispettive "penombre".

Secondo Fuller, le parole ricevono significato dal contesto e il contesto riceve significato dal fine del contesto, ma nella rappresentazione del fine del contesto può entrare (io credo, anche se contro le espresse intenzioni di Fuller) il mondo mentale e ambientale dell'interprete<sup>13</sup>. Il fine non può sottrarsi alla innovazione creatrice dell'interprete. Se si usa a questo proposito la parola "creazione" si deve dire, da questo ultimo punto di vista (forse oltrepassando, ripeto, le intenzioni di Fuller, pur proseguendo nella direzione di una coerente esplicazione del suo pensiero), che la creazione ha investito di sé tutto lo spazio riservato da Hart alla fedeltà. E se non c'è spazio per la fedeltà tutto è creato dal giudice il quale diventa il centro di gravità della cosiddetta esperienza giuridica. Ma se ciò a cui il giudice dovrebbe essere fedele è da lui creato, il valore della fedeltà alla legge diventa illusorio.

4. In effetti Fuller letteralmente parla di attività creativa del giudice come corrispettiva (nell'ambito del pensiero di

12) Vedi FULLER: *Positivism and Fidelity to Law*, cit., pp. 661 ss.

13) Un discorso a parte implicherebbe qui l'esame della posizione di H. NAWIASKI (*Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*<sup>2</sup>, Zuerich, Koeln, 1948, p. 130) il quale parla di una "veredelte subjektive Methode" (distinta dal cosiddetto metodo storico) secondo cui si tratta di determinare il pensiero del legislatore in relazione con le situazioni nelle quali la legge deve essere applicata diverse rispetto alle situazioni in cui la legge è stata emanata (e precisamente "... es darf nicht auf den historisch ersten Willen des Normgebers, sondern es muss auf den erkennbaren letzten Willen abgestellt werden").

Hart) all'area di "penombra" <sup>14</sup>, e poi, per ciò che si riferisce al suo proprio punto di vista, lo stesso Fuller letteralmente dice che la "fedeltà" alla legge non solo permette ma "richiede un ruolo creativo da parte del giudice" <sup>15</sup>. Io credo invece che ammettendo un ruolo creativo del giudice non si possa più parlare di fedeltà.

Fuller cerca di conciliare le due cose parlando di ruolo creativo nell'ambito di una "struttura" normativa considerata nella sua integrità <sup>16</sup>. Ciò significa, secondo lui, che una norma deve essere considerata sia nel contesto di altre norme, come dicevo, sia nel suo scopo e nelle sue finalità. Ma, secondo me, questo concetto di "integrità strutturale" a cui il giudice dovrebbe essere fedele, e nell'ambito del quale si dovrebbe attuare il suo ruolo creativo, è in effetti annullato de quest'ultimo (a prescindere dai molti sensi che la parola "struttura" è suscettibile di assumere). Una volta introdotta la creazione del giudice nell'ambito di tale cosiddetta "struttura" ci si trova di fronte alla seguente alternativa: o la "struttura", in se stessa, indipendentemente dall'azione creatrice del giudice, è una forma adiafora e priva di contenuto che riceve la sua consistenza dai risultati dell'azione creatrice (e in questo caso una fedeltà alla "struttura" è espressione puramente verbale) o la "struttura" ha in sé dei contenuti praticamente ed effettivamente significanti che si tratta di applicare e di rendere espliciti e allora il giudice applica, esplica, ma non crea. A conclusione del suo noto scritto "Gesetz und Richteramt", Bülow aveva detto che "nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht" <sup>17</sup>. Ma mettendo insieme legge e creatività del giudice non si può non arrivare per rigorosa conseguenza alla affermazione più estrema e para-

---

14) FULLER, *op. cit.*, p. 662.

15) FULLER, *op. cit.*, p. 670.

16) Per una diversa nozione di "struttura" giuridica vedi, ad esempio, in una vasta letteratura contemporanea J. von KEMPSKI: *Recht und Politik. Studien zur Einheit der Sozialwissenschaft*, Stuttgart, 1965, pp. 36 ss.

17) O. BUELOW: *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, p. 48.

dossale per cui è il giudice che fa la legge la quale è a sua volta tutta riducibile alle decisioni del giudice<sup>18</sup>.

In conclusione, introdotto il concetto di creazione a caratterizzare il processo interpretativo e decisionale del giudice, si arriva necessariamente alla conseguenza, in certo senso riduzionistica, per cui tutto ciò che sia indicato dall'uso della parola "diritto" debba per l'appunto essere in sostanza riducibile in termini di decisione del giudice; e forse, coerentemente, si dovrebbe anche arrivare alla conseguenza di negare ogni significato alle parole "interpretazione giuridica". Se infatti prima della decisione del giudice il cosiddetto diritto non è ancora diritto (proprio in quanto il diritto è fatto e creato dalla decisione del giudice), per coerenza di discorso non è più neppure possibile parlare di interpretazione del diritto né, conseguentemente, di fedeltà ad esso<sup>19</sup>. Questa sembra essere

18) "The rules are incidental, the decisions are the thing."

"Whenever a judge decides a case he is making law... The law of any case is what the judge decides". Così dice, ad esempio (a prescindere qui dal problema della coerenza interna delle varie parti del discorso dell'autore e dalle sue intenzioni), J. FRANK: *Law and the Modern Mind* (1930), New York, 1963, pp. 135-136. Vedi anche di FRANK: *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (Princeton Univ. Press), London, 1949, e in proposito le penetranti osservazioni di CAMPBELL: *Courts on Trial*, in *The Modern Law Review*, 1950, pp. 445-454.

"... What, then, is this law business about? It is about the fact that our society is honeycombed with disputes. ... This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of Law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law it self*". Così K. N. LLEWELLYN nell'ormai famoso passo in *The Bramble Bush* (1930), New York, 1951, p. 12, da considerare però tenendo presente ciò che lo stesso autore dice in questa edizione in sede di *Acknowledgements* alle, pp. 8-10.

19) In uno scritto *Il giudice e la legge*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*. Padova, 1973, p. 92, di S. SATTA, l'autore dice che in Italia oggi "si vuole, da parte dei giudici estremisti, rifiutare la figura tradizionale del giudice soggetto alla legge, del giudice apolitico, per sostituirla con quella di un giudice legislatore, e s'intende a senso unico, cioè nel senso degli stessi estremisti. Mediatrice di questa metamorfosi sarebbe la Costituzione, la quale non viene intesa come una legge fondamentale, che fissa certi principi e certe garanzie, ma come uno strumento del quale il giudice deve valersi per creare un mondo nuovo, il mondo da lui personalmente vagheggiato". Si potrebbe qui in certo senso dire che il mito creazionistico nega paradossalmente se stesso. Come l'autore afferma "il giudice che si fa legislatore non crea la legge, ma la nega perché è chiaro che ci sarebbero tante leggi quanti giudici".

la ultima logica *conseguenza* derivante dalla introduzione della nozione di creazione: introduzione di cui è forse storicamente e cronologicamente determinabili il momento (oppure sono forse storicamente e cronologicamente determinabili i momenti, magari ricorrenti<sup>20</sup>) in cui si manifesta e i vari elementi ideali, ideologici, fattuali, occasionali, ecc. che l'hanno determinata. Ma (indipendentemente dalla analisi storica di tali elementi) che non si possa sfuggire alla ridetta *conseguenza* è dimostrabile in riferimento al pensiero di qualche autore contemporaneo il quale ha tentato di sviluppare al massimo il carattere creativo della interpretazione giuridica pur volendo salvare il valore della fedeltà al diritto. Il fallimento di simili tentativi può costituire, sia pure indirettamente, una prova del fatto per cui non si può salvare capra e cavoli, cioè non si può pensare alla interpretazione come creazione e, nello stesso tempo, tener fermo il principio di fedeltà e relativi corollari<sup>21</sup> come l'ideale di sicurezza e l'esigenza di certezza giuridica<sup>22</sup>.

5. A conferma della impossibilità di conciliare una concezione della interpretazione come creazione con il principio di fedeltà al diritto (e relativi corollari) può essere utile, credo, considerare brevemente sia il pensiero di un acuto e compianto

20) Cfr., ad esempio, BUELOW, *op. cit.*, pp. 16-27.

21) Di fedeltà alla legge e relativi corollari non si può parlare né — secondo me — nell'ambito del mito creazionistico né nell'ambito di una "filosofia sociale totalitaria" stando, ad esempio, per questo secondo aspetto, a ciò che dice CAMPBELL in una recensione (del libro di J. N. HAZARD, *Law and Social Change in the U. S. S. R.*, London, 1953), in *Law Quarterly Review*, 1954, rispettivamente alle pp. 415, 417. "When the rulers of a country profess a totalitarian creed, when they have power as great as that of the rulers of Russia, and when they regard the law as an instrument of policy can there be anything which we should recognize as the spirit of legality? "Law is politics" as said Lenin. Can there then be any respect for law as such? Is there any room for the legal virtues of impartiality and certainty?" (p. 415). *Law and Social Change in the U. S. S. R.* tells us of the problems of another country and of the limited and precarious power of the courts to develop and maintain legal principles within a totalitarian social philosophy" (p. 417).

22) In tema di certezza del diritto vedi, nella vasta letteratura, *Notas sobre o problema da certeza no direito* alle pp. 199 ss. del libro di R. CIRELL CZERNA, *Direito e comunidade. Ensaio de filosofia jurídica e social*, São Paulo, 1965. Qui interessa particolarmente per vari aspetti il saggio di G. FASSO, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 897-952, al quale rimando anche per i riferimenti a una vasta letteratura italiana.

giurista contemporaneo, l'Ascarelli, sia la posizione assunta, rispetto al pensiero di Ascarelli, da un suo critico, il Tedeschi<sup>23</sup>.

Ad esempio, prescrivendo che un contratto è annullabile quando, fra l'altro, il consenso del contraente "fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo" (come è espresso dall'art. 1.427 c. c.), il legislatore definisce, circoscrive e specifica la nozione di violenza. La violenza (come nell'art. 1.435 c. c.) "deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole". Entrano in questa definizione, le parole "male", "minaccia", "persona", "bene", "persona sensata"; ma con ciò rimane affidata all'interprete la constatazione, e così la valutazione, di "male", "minaccia", "persona sensata", ecc., né altrimenti il diritto potrebbe applicarsi<sup>24</sup>. Senonché, cosa significano tali parole, come pure altre quali: "salute", "libertà", ecc.? Secondo Ascarelli la risposta a questa domanda non può essere data né dalla legge né dai dizionari né da altri settori della conoscenza, della cultura e della tecnica (né dalla medicina per ciò che riguarda la nozione di salute né dall'economia per la nozione di danno). L'interprete dovrà indagare finalità e intenzioni insite nelle norme prese in considerazione senza peraltro potere verificare e confermare empiricamente la validità dell'una o dell'altra interpretazione da lui proposta e seguita. Ne consegue che egli sarà costretto a basarsi soltanto sulle sue proprie valutazioni discrezionali. In sostanza, un testo legislativo non può mai eliminare la libertà creativa dell'interpretazione<sup>25</sup>; neppure la libertà dell'interpretazione può essere limitata e circoscritta da procedimenti logici rigorosamente analitici o "quantitativi"<sup>26</sup>. Ecco la tesi di Ascarelli.

---

23) G. TEDESCHI: *Insufficiency of the Legal Norm and Loyalty of the Interpreter* (The Israel Academy of Sciences and Humanities. Proceedings, V. I, N. 3), Jerusalem, 1963.

24) T. ASCARELLI: *Problemi giuridici*, Milano, 1959, ad esempio pp. 208, 847 ss. Cfr. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 4.

25) ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 71-75.

26) ASCARELLI, *op. cit.*, p. 208.

Tuttavia, secondo Tedeschi, accettando come vera questa tesi si arriva a dovere coerentemente concludere che entrambi i concetti di norma giuridica e di interpretazione si dissolvono nel nulla; anche il cosiddetto problema delle lacune diventa pseudoproblema<sup>27</sup>. In quanto le norme non siano più effettivamente direttive nei confronti dell'interprete, secondo Tedeschi, non si può più parlare di un giudizio corretto e valido in base alla sua conformità con l'ordinamento giuridico<sup>28</sup>. Si dovrà dire di conseguenza —secondo Tedeschi— che la legge prima del processo interpretativo non è neppure legge bensì un semplice enunciato e che il risultato del processo interpretativo operato da un certo interprete si riduce a un semplice enunciato privo di carattere normativo anch'esso per altri interpreti e anche per il medesimo interprete "riguardo a casi futuri".

Ascarelli, nonostante tutto, parlava di un sistema positivo di norme, prestabilito e presupposto in rapporto all'attività del giudice<sup>29</sup>. Tale presupposto, in contrasto con la stessa tesi metodologica dell'autore già accennata, rimaneva del resto a giustificare vari aspetti delle sue più acute indagini di giurista dottrinario e operatore. La tesi da lui sostenuta, secondo la quale la interpretazione è creazione, restava dunque in contrasto con il presupposto implicato in molti settori della sua attività di giurista. E sembra che proprio per sanare questo contrasto e uscire dalla difficoltà Ascarelli abbia fatto ricorso a quello che egli chiamava il principio di "continuità". Precisamente, come egli diceva, "il processo dell'interpretazione si caratterizza in quanto afferma la propria continuità con la norma interpretata". "Questa continuità costituisce il limite dell'interpretazione, o, se così piace, la rigidità del sistema "giuridico" ai fini della sua possibilità di evoluzione" in via interpretativa<sup>30</sup>. In definitiva, secondo Ascarelli, questa continuità dovrebbe salvare il valore di fedeltà alla legge. Tuttavia

27) Cfr. TEDESCHI, *op. loc. ult. cit.*

28) Cfr. TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 4 ss.

29) TEDESCHI, *op. loc. ult. cit.* Vedi inoltre di ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 487.

30) ASCARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 487 ss. e *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, pp. XXIII ss.

—io credo— una volta ammesso che la legge acquisti il suo significato dall'interpretazione e che l'interpretazione sia un atto creativo, non si capisce come l'interpretazione possa realizzarsi in termini di continuità rispetto a ciò che essa stessa crea. Ci troviamo quindi, secondo me, di fronte alla seguente alternativa. Delle due l'una: o continuità, e quindi rifiuto del carattere creativo dell'interpretazione, oppure creatività dell'interpretazione e implicita esclusione di ogni principio di "continuità" (perciò conseguente riduzione del diritto a una serie di soluzioni casistiche la cui mancanza di coordinazione farebbe venir meno ogni certezza<sup>31</sup>).

In questa alternativa si esprime, io credo, una grave difficoltà che Ascarelli non riuscì a superare. E non l'ha superata neppure Tedeschi il quale pur criticando i risultati del punto di vista di Ascarelli ne accetta in fondo l'impostazione cercando di trovare il giusto limite fra fedeltà alla legge e creatività. Non tanto fedeli da non essere creativi non tanto creativi da non essere fedeli. Ma ciò costituisce una ambiguità. Mi sembra di trovare una tale ambiguità anche in alcune ben note discussioni recenti riguardanti i compiti e le funzioni del giudice. Se ciò a cui si deve essere fedeli si identifica *tout court* con ciò che si crea non ha più senso parlare di un valore di fedeltà che si imponga all'atto creativo e ne determini il limite. Resta il mito creazionistico nell'ambito del quale, per coerenza rispetto alle premesse, bisogna dire che tutta la realtà giuridica è riducibile al giudizio del giudice e alla soluzione di conflitti di interessi. Con ciò si può effettivamente giungere (anche se non intenzionalmente né consapevolmente) ad assolutizzare l'incertezza del diritto. Comunque tutta la realtà giuridica è ridotta a situazioni patologiche e conflittuali, con il guaio di lasciare fuori di considerazione quella che è la sfera di una normale liceità d'agire per la soddisfazione di interessi sottratti all'aggressione degli altri<sup>32</sup>.

Kantorowicz diceva che al fondo della riduzione del diritto in termini di comportamenti dei giudici ci può essere una specie di deformazione professionale. Ciò di cui bisogna tenere

---

31) Cfr. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 18.

32) Cfr. D. BARBERO: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*<sup>5</sup>, I, Torino, 1958, pp. 129-132.

calcolo è, oltre tutto, il comportamento del "common man" ovvero la coscienza che il cosiddetto uomo della strada ha della obbligatorietà e della liceità di certi comportamenti anche a prescindere da ogni giudizio e previsione riguardanti eventuali e conseguenti decisioni di giudici<sup>33</sup>. Ridurre il fenomeno giuridico a ciò che si fa nei tribunali equivale a dire, ad esempio, che la religione è ciò che si fa in chiesa o la scienza ciò che si insegna nelle università o la medicina ciò che i medici prescrivono o l'arte ciò che gli artisti fanno o le scarpe ciò che fanno i calzolai; dove simili affermazioni rivelano la confusione fra un concetto da intendere contestualmente e uno degli elementi indicati dal suo significato d'uso e si risolvono nel mettere il carro davanti ai buoi. Non si può infatti definire più o meno chiaramente una chiesa, una università, il lavoro di un medico, di un artista o di un calzolaio senza avere, corrispondentemente e rispettivamente, una cognizione più o meno chiara di ciò che sia religione, scienza, medicina, arte, scarpe, ecc.<sup>34</sup>. Il che sembra inconfutabile anche se è vero, ad esempio, che non posso chiarire le mie idee sull'arte senza entrare in qualche modo nell'ambito di concrete esperienze artistiche; d'altra parte, per distinguere una esperienza artistica vera e propria da una esperienza artistica soltanto illusoria non basta porsi nell'ambito di attuazione di tali esperienze: ci si deve mettere anche dal punto di vista dello spettatore (per usare l'espressione di Adam Smith nella sua "Theory of Moral Sentiments"<sup>35</sup>). Fra parentesi, per ciò che riguarda le scarpe, devo mettermi dal punto di vista di chi deve usarle e non soltanto di chi le fa. Analogamente devo considerare il lavoro del giudice non solo dal punto di vista del giudice, ma anche dal punto di vista del "common man" o dell'uomo della strada, del "non professionista" del diritto che, pur non essendo giudice né avvocato né professore di diritto, è pur sempre colui a cui il diritto deve servire e che considera, quando è uomo di buon senso, il diritto come indispensabile, proprio per potere contare sul comportamento altrui.

33) Cfr. H. KANTOROWICZ: *Some Rationalism about Realism*, in *Yale Law Journal*, 1934, p. 1247.

34) KANTOROWICZ, *op. cit.*, p. 1250.

35) Vedi il mio *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali?*, Torino, 1966, pp. 49 ss.

6. Altre considerazioni che si possono fare su questo argomento hanno una rilevanza che io credo più spiccatamente filosofica e riguardano il problema del tempo<sup>36</sup>. Sempre nell'ambito di quello che io considero il mito creazionistico, l'attività del giudice è pensata come assolutamente creativa in quanto è pensata in una successione cronologica obiettivata nello spazio (per esprimerci alla maniera di Bergson<sup>37</sup>). Da questo punto di vista, l'"essere" (secondo una terminologia filosofica) appartiene al presente: "Unter den drei Zeitdimensionen kommt der Gegenwart ein absolutes Primat zu", come dice Husserl<sup>38</sup>; cioè appunto il presente ha un "assoluto primato" sul passato e sul futuro. Sempre da questo punto di vista, si può dire che il tempo sia in concreto sempre tempo presente, tempo-ora, tempo-adesso, ovvero "Jetzt-Zeit", secondo l'espressione usata da Heidegger quando critica, ad esempio, il privilegio attribuito al presente anche nell'ambito della dialettica di Hegel<sup>39</sup>. In questo modo, privilegiando, per così dire, il presente, si può conseguentemente pensare che in concreto, rispetto all'attuarsi della funzione del giudice, non ci sia, in senso giuridico, né un "prima" né un "dopo": *prima* della decisione del giudice la legge non è neppure legge, bensì un semplice enunciato; *dopo* la decisione del giudice il risultato stesso della sua decisione cessa di essere diritto e resta, per l'appunto, anch'esso un semplice enunciato rispetto alla successiva decisione di un altro giudice ed anche rispetto alla decisione successiva del medesimo giudice.

- 
- 36) Vedi i miei lavori: *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., pp. 91-124; *Significati della parola "tempo" in alcuni discorsi giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, pp. 333-368; *Temps et droit*, in *Akten des XIV. Internationalen Kongresses fuer Philosophie, Wien, 2-9 September 1968*, V, Wien, 1970, pp. 159-166; *Time and the Concept of "Ought" in Legal Experience*, in *Value and Valuation*, ed. by J. W. DAVIS, Knoxville, 1972, pp. 268-296. Fra le opere che non ho citato nei miei lavori interessa qui per vari aspetti A. DE ANDRADE, *As duas faces do tempo*, São Paulo, 1971, che spero in altra sede di potere discutere. E' importante in quest' ultimo libro anche la bibliografia alle pp. 587-650.
- 37) Vedi, ad esempio, di H. BERGSON: *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1888), Paris, 1948, pp. 77 ss., 95 ss., e anche *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit*<sup>60</sup>, Paris, 1959, pp. 81 ss.
- 38) G. HUSSERL: *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955, p. 42.
- 39) M. HEIDEGGER: *Sein und Zeit*<sup>2</sup>, Halle a. d. S., 1929, pp. 421 ss.; trad. it. *Essere e tempo*, Milano, Roma, 1953, pp. 432 ss.



Questa tendenza ad assolutizzare il presente ci spiega almeno in parte —io credo— come alcuni fautori del cosiddetto diritto libero abbiano alla fin fine messo insieme un principio di creatività di tono romantico e idealistico con una concezione, almeno intenzionalmente, empirico-sociologica o positivistica del fenomeno giuridico. La illusoria connessione di quel principio con questa concezione, cioè la giustapposizione di due elementi fra loro sostanzialmente eterogenei, è proprio data da una medesima prospettiva temporale che è comune a entrambi. A quel principio e a questa concezione è cioè comune la stessa (implicita o esplicita) riduzione del fenomeno giuridico in termini di tempo obiettivato (ovvero anche, potremmo dire, di tempo empirico) in cui l'unica dimensione reale e concreta del tempo è il presente (in quanto, ad esempio, dal punto di vista di un osservatore, l'unica posizione reale e concreta di un pendolo è quella presente: le posizioni passate non ci sono più e le posizioni future non ci sono ancora <sup>40</sup>).

Mi sembra pertanto che per assumere una posizione di fondo teorico-critica nella quale sia salvo il valore della fedeltà al diritto, e quindi per sottrarsi al mito creazionistico senza cadere in quel tipo di formalismo che ho esemplificato nell'oggetto della critica di Heck, sia necessario evitare ogni indebita trasposizione del tempo obiettivato, o empirico che dir si voglia, nel campo della interpretazione e delle decisioni giuridiche: sia necessario cioè evitare quel tipo di assolutizzazione del presente, negatrice della positività del passato e del futuro, cui mi sono appena riferito. Bisogna rifarsi, credo, alla *coscienza* giuridica del "common man" nella quale è implicata una specie di "interpenetrazione" psicologica di passato, presente e futuro, cioè delle tre forme temporali nella loro rispettiva *positività*, suscettibili l'una di *prevalere* sulle altre senza tuttavia annullarle. Bisogna in definitiva che, almeno psicologicamente, sia possibile pensare a una autonoma positività sia del passato sia del futuro rispetto al presente pur nell'ambito della connessione e interpenetrazione di passato, presente e futuro.

---

40) Rimando ancora ai miei lavori *Visioni della giustizia e senso comune*, cit.; *Significati della parola "tempo" in alcuni discorsi giuridici*, cit.; *Temps et droit*, cit.; *Time and the Concept of "Ought" in Legal Experience*, cit.

7. Devo a questo punto aprire una parentesi per chiarire i sensi che attribuisco rispettivamente alle nozioni di *coscienza*, di *positività* di ciascuna dimensione temporale (passato, presente e futuro), di *interpenetrazione* delle dimensioni temporali e di possibilità di *prevalenza* di ciascuna di esse sulle altre.

La parola "coscienza" è usata in molti sensi. La uso qui nella sua più larga accezione (non soltanto morale e religiosa) associando ad essa la nota teoretica e la nota pratica come forse nell'uso popolare greco e nel latino *conscientia*<sup>41</sup>; mentre nelle lingue moderne l'aspetto teoretico e l'aspetto pratico sono di solito rispettivamente espressi con parole differenti. In italiano si può forse distinguere "consapevolezza" da "coscienza", ma non c'è, credo, un uso linguistico nettamente prevalente in base al quale si debba intendere la "coscienza" in senso esclusivamente pratico e morale, tale da escludere ogni atteggiamento teoretico.

Nel presente contesto io attribuisco alla parola "coscienza" un senso teoretico onnicomprensivo che includa non soltanto ogni forma di conoscenza riflessa, analitica ed empirica ma anche ogni specie di consapevolezza immediata, istintiva, emozionale e, in certo qual modo, "preriflessiva"<sup>42</sup>. Sia atteggiamenti emozionali sia determinazioni conoscitive esprimibili in proposizioni verificabili come vere o come false implicano la teoreticità della coscienza di cui sono esplicazione. Sotto questo aspetto la teoreticità della coscienza come implicita "*εμπεργεια*" che si esplica attraverso attività conoscitive e atteggiamenti emozionali è "alla radice di ogni conoscenza", come diceva Hamilton (perciò forse non può essere in se stessa analiticamente definita<sup>43</sup>); ed è alla radice di ogni forma di comunicazione. Ci si accorge di comunicare con gli altri in quanto si ha coscienza di qualcosa (un "avere coscienza" che non sia

---

41) Cfr. P. TILlich: *Morality and Beyond*, New York, 1963, a p. 154 della trad. it. *Dinamica della fede. Religione e morale*, Roma, 1967.

42) Cfr. p. 39 del mio *Visioni della giustizia e senso comune*, cit.

43) Vedi A. LALANDE: *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, 1968, a p. 171 della ed. it. *Dizionario critico di filosofia* (rivisto dai membri e dai corrispondenti della Società francese di Filosofia e pubblicato con le loro correzioni e osservazioni) con Prefazione di M. Dal Pra, Milano, 1971.

“avere coscienza di qualcosa” equivale a niente). Per esprimerne schematicamente si può dire che l'immediato “avere coscienza di qualcosa” si esplica differenziandosi nel “conoscere”, nel “sentire” o “percepire”) e nel “volere” qualcosa. Accettando significati di uso comune delle parole “conoscenza”, “sensazione” e “volontà” e delle loro equivalenti in varie lingue, queste parole indicano le tre *forme* dell’“avere-coscienza di qualcosa” e della sua umana e storica esplicazione<sup>44</sup>.

44) La coscienza immediata si esplica come relazione intersubiettiva di conoscere, sentire e volere. Non posso qui trattare il tema della intersubiettività come alterità di coscienza a già cui altrove mi sono più volte riferito. Vedi da ultimo *Coscienza e diritto come esigenza esistenziale* (Relazione all'ottavo Congresso interamericano di filosofia, 30 ottobre-4 novembre 1972), in *Ethica. Rassegna di filosofia morale*, 1972, pp. 161-169.

Per me il problema della “coscienza immediata” non è riducibile al problema della autocoscienza “des Sich Bewusst-Werdens” secondo le parole di F. NIETZSCHE (*Die froehliche Wissenschaft* (1882), *Werke in drei Baenden*, II, Muenchen, 1955, p. 219; trad. it. *La gaia scienza*, Opere, v. V, T. II, Milano, 1965 p. 220). A un certo momento NIETZSCHE determinava infatti il problema della coscienza come problema dell'autocoscienza (*op. loc. cit.*). Sulla base di tale determinazione NIETZSCHE poteva per l'appunto —nel luogo a cui mi riferisco— considerare l’“aver coscienza” come “un vedersi nello specchio” e dire che “la parte di gran lunga prevalente della” “nostra vita pensante senziente, volente” “si svolge in noi senza questo rispecchiamento” (*op. cit.*, pp. 219-220; trad. it. loc. cit.).

Nel medesimo luogo NIETZSCHE diceva pure che “la coscienza in generale si è sviluppata soltanto sotto il bisogno di comunicazione” là dove “il bisogno” e “la necessità hanno costretto gli uomini a comunicare tra loro”. Ed ancora: “la coscienza” “serve da ponte” fra uomo e uomo, non appartiene “propriamente all'esistenza individuale dell'uomo ma piuttosto a ciò che in esso è natura comunitaria e gregaria”; “tutto quanto si fa cosciente *diventa* per ciò stesso” “relativamente stupido”, “segno distintivo del gregge”, “falsificazione, riduzione alla superficialità e generalizzazione” (*op. cit.*, pp. 219-222; trad. it. cit., pp. 220-223).

Ebbene, secondo me, tutto ciò —ed altro— è molto importante come conclusione a cui si arriva partendo dalla premessa che consiste nell'assumere inizialmente la coscienza come autocoscienza. La coscienza come autocoscienza è appunto secondo NIETZSCHE una obiettivazione: “per così dire”, un “vedersi nello specchio” (*op. cit.*, p. 220; trad. it. cit., p. 219). Le conseguenze che derivano dalla premessa (assunzione della coscienza come autocoscienza) illuminate dal genio di Nietzsche suscitano profonda impressione. O accettare su questo punto la conclusione di Nietzsche (“stupidità” “gregaria”, ecc. della coscienza come autocoscienza) oppure riuscire a riferirsi alla coscienza come coscienza immediata, in sé non mediata (non autocoscienza né “rispecchiamento”, ecc.). Io qui proprio mi riferisco sempre alla coscienza immediata come al mio stesso —al nostro stesso— “pensare-sentire-volere” nella sua intrinseca implicita e immanente condizione di possibilità: immediata ed implicita condizione di convivenza co-

In quanto si abbia coscienza di ciò che si dice quando si parla di diritto, anche il diritto implica tali *forme* (conoscere, sentire e volere) le quali si identificano psicologicamente, o meglio “coscienzialmente”, con le dimensioni del tempo (passato, presente e futuro). Infatti il contenuto del “conoscere”, in quanto il “conoscere” sia distinto dal “sentire” e dal “volere”, è passato rispetto all’atto del “conoscere”; il contenuto del “sentire” (e del “percepire”), in quanto il “sentire” sia distinto dal “conoscere” e dal “volere”, è presente rispetto all’atto del “sentire”; il contenuto del “volere”, in quanto il “volere” sia distinto dal “conoscere” e dal “sentire” è futuro rispetto all’atto del “volere”.

Contro questa ipotesi di identificazione delle forme temporali (passato, presente e futuro) con i modi di esplicazione concreta della coscienza (conoscenza, sensazione e volontà) non sarebbe valida, io credo, l’obiezione di chi dicesse che in concreto l’atto del “conoscere” è presente e che soltanto il suo contenuto è passato. L’obiezione non sarebbe valida perché non si può pensare all’atto del “conoscere” (distinto dal “sentire” e dal “volere”) indipendentemente dal suo contenuto. Cioè, per esprimerci ellitticamente, un “conoscere” che non sia “conoscere-qualcosa” è niente. Di conseguenza il “qualcosa” è la determinazione concreta dell’atto del “conoscere”. Ciò non esclude, ripeto, che il “conoscere” implichi il “presente” come “sensibilità” e come “percezione”, senza di che non si potrebbe neppure pensare alla “conoscenza” come attività umana né alla coscienza come “intensione” o “interpenetrazione” di conoscenza, sensibilità e volontà (e quindi, corrispettivamente, di passato, presente e futuro <sup>45</sup>).

---

municante che può essere anche più o meno inautentica e banale ma può anche essere più o meno autentica e tale da esprimere esigenze profonde del cosiddetto individuo in rapporto con gli altri. Sotto questo aspetto —secondo me— alla coscienza immediata si riconnette sia l’autenticità del comunicare sia la sua inautenticità: due possibilità e tendenze; si tratta di considerare, come ho fatto in altra sede, le condizioni del prevalere dell’una sull’altra. Vedi su quest’ultimo punto il mio *Coscienza e diritto come esigenza esistenziale*, cit.

45) Vedi i miei scritti: *Significati della parola “tempo” in alcuni discorsi giuridici*, cit., p. 359; *Responsabilità individuale, tempo ed esperienza politica e giuridica*, in *De Homine. Rivista di filosofia dell’Università di Roma*, 1967, pp. 57-67; *Mito potere e dialogo*<sup>2</sup>, Torino, 1973, pp. 89 ss.; *Coscienza e diritto come esigenza esistenziale*, cit., pp. 161-172.

In riferimento poi sia alla dimensione del presente sia a ciò che è indicato dall'uso della parola "sensazione" non sembra plausibile parlare di sensazione cosciente del puro attimo senza durata, del puro attimo inteso in senso assoluto. Inteso in senso assoluto, esclusivo ed escludente, il puro attimo si riduce a niente. Il presente ha invece, per così dire, una sua durata coscienziale. Ad esempio, io *esprimo* una mia attuale e immediata sensazione con tre parole: se ne usassi una o due non riuscirei ad esprimere la mia sensazione. Devo dire quindi che il senso attribuito alle tre parole che uso dipende dal fatto per cui esse *esprimono* insieme l'unità della mia sensazione presente. Tale *espressione* sarebbe incomprensibile se pronunciando la terza parola fosse del tutto dimenticata la prima. A livello di coscienza non si può dire pertanto che la prima parola sia passata rispetto a un "presente" in cui sia pronunciata la terza parola. Ciò a differenza del tempo dell'orologio, obiettivato, convenzionale, quantitativo — come numerabile successione di "ora" — secondo il quale la prima parola, proprio perché pronunciata "prima" della terza, è considerata passata rispetto alla terza<sup>46</sup>. Oppure, per fare un altro esempio, io ho la "sensazione" estetica e musicale offertami da un concerto che dura un'ora. Coscienzialmente, nell'ambito di tale "sensazione", il primo quarto d'ora non è un passato rispetto all'ultimo quarto d'ora. "Passato" di cui ho "conoscenza" (in quanto "conoscenza" distinta dalla ridetta "sensazione" estetica relativa al concerto) potrà essere, a livello coscienziale, ciò che ho fatto prima del concerto, e "futuro" ciò che "voglio" fare dopo il concerto. Il che non toglie che il passato o il futuro possano avere in qualche modo una influenza anche modificatrice (diversamente secondo vari casi) sul contenuto della mia sensazione estetica musicale quale presente coscienza unitaria dei suoi vari elementi<sup>47</sup>.

Questi due esempi che ho preso da Hättich servono dunque a dimostrare la positività coscienziale del presente (in quanto

---

46) Riprendo qui esempi già fatti da M. HAETTICH, *Nationalbewusstsein und Staatsbewusstsein in der Pluralistischen Gesellschaft*, Mainz, 1968, p. 21.

47) HAETTICH, *op. cit.*, p. 22.

irriducibile a puro attimo evanescente) rispetto alla positività del passato e del futuro. La interpenetrazione coscienziale delle tre dimensioni temporali (passato, presente e futuro) implica la rispettiva positività e irriducibilità dell'una rispetto all'altra. Porre l'accento su tale interpenetrazione e su tale positività è per me importantissimo ai fini di una comprensione del fenomeno giuridico, comprensione che io credo alla fin fine impossibile in termini di tempo obiettivato. C'è positività di ciascuna forma temporale, e non soltanto del presente comunque inteso: c'è distinzione di ciascuna dimensione (o forma) temporale rispetto alle altre nell'ambito della loro interpenetrazione. Da ciò consegue che ciascuna dimensione temporale può, più o meno intensamente, *prevalere* su ciascuna'altra, senza peraltro annullarla.

Si tratta dunque di prevalenza più o meno intensa di una forma della coscienza sulle altre e non di "giustapposizione". Siamo a livello di coscienza rispetto a cui non si può parlare né di "giustapposizione" né di "esternità reciproca" né di "estensione". Anche secondo Bergson "giustapposizione" implica "separazione", là dove la "separazione" — e in certa misura la stessa distinzione descrittiva fattuale e analitica di elementi diversi — "ha luogo soltanto nello spazio e ai livelli psichici ad esso vicini". Si può parlare quindi di giustapposizione soltanto in termini di tempo obiettivato, non in termini di tempo coscienziale. Ciò che è visivo, per Bergson, è spaziale, e ciò che è spaziale è astratto; lo spazio è per lui il luogo dei concetti rigidi, reciprocamente escludentisi, mentre la concretezza della coscienza (a cui qui mi riferisco parlando del diritto) "contiene tutti gli elementi di cui è ricca"<sup>48</sup>. La prevalenza di una dimensione temporale sulle altre nell'ambito del diritto coscienzialmente inteso non può pertanto essere tradotta, come dicevo, in termini di semplice giustapposizione. Con ciò chiudo la parentesi che qui ho voluto introdurre come necessario e sia pur parziale approfondimento della nozione di tempo coscienziale.

---

48) BERGSON: *Introduction à la métaphysique* (1903) nel vol. *La pensée et le mouvant*<sup>27</sup>, Paris, 1950, p. 182. Mi riferisco anche alle acute annotazioni di V. MATHIEU nella trad. it. BERGSON, *Introduzione alla metafisica*<sup>3</sup>, Bari, 1970, pp. 46 ss.

8. Ebbene, si accetti questa ipotesi riguardante la possibilità di prevalenza di una forma temporale sulle altre (senza annullamento delle altre) evitando ogni identificazione della "prevalenza" in senso coscienziale con la "giustapposizione" in senso formale, analitico, ecc. E' possibile di conseguenza spiegare come, in certi casi, nell'ambito di ogni ordinamento giuridico (inteso in senso lato, e non ridotto esclusivamente a puro insieme formale di norme<sup>49</sup>) sia ciò che è stato voluto nel passato sia esigenze di rinnovamento collegate a finalità proiettate nel futuro incidano e prevalgano positivamente sulle situazioni presenti di cosiddetta applicazione della legge. Tenendo dunque calcolo di questa interpenetrazione di passato, presente e futuro, come caratteristica essenziale del campo in cui opera l'attività del giudice e in cui si determina, con maggiore o minore intensità, la coscienza giuridica del "common man", l'ordinamento giuridico non può soltanto essere considerato come un sistema di leggi ordinarie e di principi costituzionali. Non c'è soltanto la legge presupposta dalla volontà presente di chi la "attua". Parlare di "attuazione" della legge è usare una espressione che, a rigore, sembra assai discutibile da vari punti di vista<sup>50</sup>. Comunque, in rapporto con i momenti in cui avvengono i procedimenti di attuazione della legge, nell'ordinamento giuridico ci sono —ripeto— elementi corrispondenti sia ad esigenze emergenti, per così dire, dal passato sia ad esigenze presenti sia ad esigenze corrispettive a finalità e valori appartenenti alla dimensione temporale del futuro. Passato, presente e futuro sono per l'appunto, stando a ciò che ho già detto, dimensioni dell'esperienza giuridica suscettibili di prevalere l'una sull'altra senza peraltro che ciascuna possa annullare l'altra.

---

49) Importante è tenere presente la distinzione di REALE (*O diritto como experiència*, cit., p. 191; trad. it. cit., pp. 360-361) fra "normativismo astratto" e "normativismo concreto" in cui l'autore riesce a far valere anche le sue eccelse qualità di giurista operatore. Stando alla distinzione di Reale, la concezione del "cosmo giuridico" alla quale qui mi riferisco implica un "normativismo concreto".

50) Tuttavia qui accetto la distinzione e relazione di "interpretation" e "application of law" come è chiaramente prospettata da I. TAMMELO, *Treaty Interpretation and Practical Reason. Towards a General Theory of Legal Interpretation*, Sydney, 1967, p. 5.

“Se per ordinamento giuridico si intende”, come diceva Santi Romano, “una organizzazione, un sistema non di sole norme” “ma anche di uomini” “le cui azioni possano svolgersi nei modi, nelle forme e con g’li effetti più vari, si comprende facilmente che esso è per definizione qualche cosa di vivo che, appunto perché vivo, continuamente si rinnova e si evolve”<sup>51</sup>; e se è “qualcosa di vivo”, per potere essere pienamente compreso, non può essere esclusivamente ridotto al risultato di una pura descrizione analitica o empirica di eventi pensati in una successione temporale obiettivata nello spazio.

La cosiddetta fedeltà al diritto non può del tutto basarsi su di una pura conoscenza analitica di norme; neppure può fondarsi sulla classificazione gerarchica di metodi e di canoni interpretativi illusoriamente considerata valida una volta per sempre. Del resto i più comuni mezzi di interpretazione, come, ad esempio, l'*argumentum a contrario* e l'analogia, certamente non valgono da soli a sostenere il principio di fedeltà al diritto, a parte il fatto per cui, secondo Kelsen, l'*argumentum a contrario* e l'analogia conducono entrambi “a risultati opposti” e, di per se stessi<sup>52</sup>, non offrono criteri assolutamente obiettivi di scelta riguardanti la loro applicazione<sup>53</sup>. Il principio di fedeltà al diritto neanche può essere fatto valere attraverso la rappresentazione di una successione cronologica fra interpretazione (intesa come conoscenza descrittiva e analitica di cosiddette enunciazioni normative) e decisione, intesa come

51) Così, ad esempio, S. ROMANO, a proposito della cosiddetta “interpretazione evolutiva” nei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 124 (a prescindere dai problemi di fondo implicati nell'uso della nozione di ordinamento da parte di Romano e per cui rimando al mio *Visioni della giustizia e senso comune*, cit., pp. 135 ss.).

52) H. KELSEN: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960, p. 350; trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 385, e *Recht und Logik in Forum*, 1965, pp. 421-425, 495-500, ad esempio il paragrafo *Die Analogie: truegt* a p. 495. Cfr. BERNHEIMER, *op. cit.*, pp. 33-34.

53) Per le cosiddette “regole dottrinali o razionali dell'interpretazione” vedi, ad esempio, nella vasta letteratura, la chiara esposizione di BARBERO, *op. cit.*, pp. 90 ss. e, per la “critica delle distinzioni correnti dei “metodi” e dei “risultati” dell'interpretazione”, E. BETTI, *Interpretazione della legge. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, pp. 176 ss.

volontà. Si dice che "nessuna situazione concreta comporta un'applicazione unica della legge"<sup>54</sup>.

Altrove l'interpretazione di una norma è pensata come atto intellettuale attraverso il quale si scoprono le varie possibilità offerte alla volontà decisionale del giudice<sup>55</sup>. Si insiste appunto su questa distinzione di conoscenza e volontà per cui alla prima dovrebbe cronologicamente seguire la seconda. Senonché, pur accettata, almeno per ipotesi, tale distinzione di interpretazione come atto di conoscenza e di decisione come atto di volontà, non sembra plausibile —io credo— che la relazione dei due atti sia sempre riducibile alla rappresentazione di una irreversibile successione cronologica (pensata, ripeto, come obiettivata nello spazio ovvero come successione di effetti a cause secondo la riduzione sostenuta, ad esempio, da Reichenbach<sup>56</sup>). Può darsi invece che una decisione preceda e condizioni la conoscenza stessa della norma da applicare e che i risultati della conoscenza delle norme siano variabili secondo premesse costituite, di volta in volta, dai contenuti delle decisioni che si vogliono prendere<sup>57</sup>. Può darsi cioè che si manifesti

54) Vedi A. ROSS: *On Law and Justice*, London, 1958, p. 284; trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pp. 268-269.

55) Kelsen: *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 348-349; trad. it. cit., p. 384.

56) Vedi, ad esempio, di H. REICHENBACH (dopo *Atom und Kosmos. Das physikalische Weltbild der Gegenwart*, Berlin, 1930, pp. 41 ss.), *The Rise of Scientific Philosophy*<sup>9</sup>, Berkeley, Los Angeles, 1963, pp. 149-150; trad. it. *La nascita della filosofia scientifica*<sup>2</sup>, Bologna, 1966, p. 148, e *The Philosophical Significance of Theory of Relativity*, nel volume collettivo, a cura di H. FEIGL e M. BRODBECK, *Readings in the Philosophy of Science*, New York, 1953, pp. 205-206. Questo saggio di Reichenbach era già apparso nel volume collettivo a cura di P. A. SCHILPP, *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, Evanston, Illinois, 1949, pp. 289-311. Fra vari altri autori. H. WEYL, ad esempio, aveva già sostenuto che: "il tempo cosmico e la causalità non possono essere separati l'uno dall'altro" (*Raum, Zeit, Materie. Vorlesungen ueber allgemeine Relativitaets-theorie*, Darmstadt, 1961, 1.<sup>a</sup> ediz. 1923, p. 6).

57) Secondo F. WIEACKER (*Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1957, pp. 6-7) il confine fra l'interpretazione giudiziaria della legge e il perfezionamento del diritto attraverso l'attività del giudice è diventato così fluido che minaccia di sottrarsi ad ogni determinazione sistematica. Su ciò si fonda il punto di vista (del resto non soltanto limitato all'ermeneutica giuridica) per cui ogni interpretazione è anche già una decisione in senso proprio, precisamente una scelta fra più possibili valutazioni. Di conseguenza, per WIEACKER (*op. loc. cit.*) già la stessa interpretazione della legge è più che una pura applicazione o esecuzione della legge mediante sussunzione.

proprio una reversibilità fra decisione come atto di volontà e interpretazione della legge come atto conoscitivo e che la scelta decisionale del giudice abbia una influenza sulla stessa scelta del metodo interpretativo da lui adottato. La decisione (intesa esclusivamente come atto pratico-volitivo) può prevalere sulla interpretazione (intesa esclusivamente come atto conoscitivo-analitico) oppure l'interpretazione può prevalere sulla decisione. Se prevale la interpretazione, come pura conoscenza analitica di norme, il giudice corre il rischio di non adeguarsi alla particolarità delle situazioni reali<sup>58</sup>. Se invece prevale la decisione, come puro atto volitivo in rapporto con la particolarità mutevole delle situazioni conflittuali, il principio di fedeltà al diritto può ridursi a niente<sup>59</sup>.

9. A questo punto ci troviamo dunque di fronte a una feroce alternativa: o fedeltà al diritto senza adeguarsi alla particolarità delle situazioni reali oppure adeguarsi al mutare delle situazioni rinunciando alla fedeltà. Questa alternativa mi sembra la conclusione e il limite di un discorso coerente. Ma si tratta di un limite assoluto? E' possibile in qualche modo superarlo? Ebbene, il tentativo di un superamento emerge, più o meno chiaramente, anche da alcune esigenze profonde espresse dalla cultura contemporanea.

In polemica contro un certo tipo di positivismo giuridico, contro la statualità del diritto e oltre i confini di un certo astratto legalismo, Ellul, ad esempio, cerca di determinare una nozione di cosmo giuridico che (come esplicazione di un principio divino) trascenda la legge sanzionata dallo Stato pur comprendendola in sé; anche la decisione giudiziale è considerata in rapporto a tale cosmo giuridico inteso in senso lato<sup>60</sup>. Ora, io credo che questo punto di vista sia valido anche indipendentemente dai presupposti teologici e religiosi del-

58) E, ad esempio, secondo F. GRAF VON WESTPHALEN (*Ratlosigkeit in der deutschen Justiz. Wie die Krise der Rechtsordnung zu ueberwinden ist*, in *Die politische Meinung*, III, 1969, pp. 50, 58), ci troviamo di fronte a difficoltà che, per essere superate, esigono un allargamento delle conoscenze del giudice e del giurista nei campi della sociologia e dell'economia.

59) Contro il pericolo di una "Politisierung des Rechts" e del prevalere del "credo" ideologico del giudice sui valori della "Rechtssicherheit" e della "giustizia materiale", vedi VON WESTPHALEN, op. cit., p. 56.

60) Vedi J. ELLUL: *Le fondement théologique du droit*, Neuchâtel, Paris, 1946, pp. 95 ss.

l'autore. La legge non è infatti il solo elemento del cosmo giuridico<sup>61</sup>. Nell'ordinamento giuridico sono compresi anche elementi estralegislativi e, come dice Esser, "immagini ideali e rappresentazioni valutative viventi negli scambi e nei rapporti giuridici": ad esempio "i modelli del buon costume, della concorrenza leale, della sicurezza nel traffico, della fedeltà al lavoro"<sup>62</sup>; a questi e ad altri rinviano spesso le stesse leggi

61) K. ENGISCH: *Einfuehrung in das juristische Denken*<sup>4</sup>, Stuttgart, Berlin, Koeln, Mainz, 1968, p. 188; trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 314. Vedi anche, per altro aspetto, N. M. LÓPEZ CALERA, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, 1969, pp. 60 ss. e autori ivi citati. "Erfasst man die Rechtsordnung in ihrer Vielgestaltigkeit, so erscheint sie nicht als das Werk eines abstrakt gedachten Normgebers und auch nicht als ein von der Lebenswirklichkeit getrenntes Normensystem, sondern als ein Inbegriff von wert- und zweckhaltigen Sinngelbilden, in denen das rechtliche Bewusstsein und der rechtliche Ordnungswille der Sozietät sich staendig in der Mitwirkung vieler Taetiger aus subjektivem zu "objektivem" Geist gestaltet" (H. HENKEL, *Einfuehrung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, Muenchen, Berlin, 1964, p. 69).

62) LARENZ, *op. cit.*, pp. 131-132; trad. it. cit., p. 192, dove è citato J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tuebingen, 1964, p. 97. Esser intende utilizzare, attualizzare ed oltrepassare i limiti inerenti alla prima giurisprudenza degli interessi. Vedi, fra l'altro, *Interessenjurisprudenz heute*, in *Juristen-Jahrbuch*, I, Koeln, 1960, pp. 111-119, dove Esser si oppone a quello che, secondo lui, è il pregiudizio di Heck consistente nel fatto di credere che il giudice debba e possa procedere dalle finalità e dalle valutazioni del cosiddetto legislatore invece che dalle situazioni attuali in cui le sue decisioni debbono determinarsi (*op. ult. cit.*, p. 116). Vedi ancora fra l'altro di ESSER: *Nachwort*, nella raccolta di alcune opere di HECK a cura di R. DUBISCHAR: *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Berlin, Zuerich, 1968, pp. 213-229. Rifiutandosi di appellarsi a un ordine di valori fisso e immutabile predeterminato rispetto alla esperienza del giudice, ESSER cerca di formulare le direttive metodologiche fondamentali oggi emergenti da tale esperienza nel campo del diritto civile (*op. ult. cit.*, pp. 117-119).

Secondo WIEACKER (*op. cit.*, p. 14) è, fra l'altro, merito speciale di Esser l'aver indicato e chiarito i significati di sistema, istituzione, concetto giuridico, ecc., proprio ai fini della ricerca del diritto al di là della legge. Sempre secondo WIEACKER, mediante il nuovo punto di vista di Esser, è specificato meglio di prima il fondamento e l'estensione della possibilità di utilizzare le creazioni della dogmatica giuridica ai fini della giurisdizione. Sistema, istituto e concetto giuridico non sono surrogati di prospettive giusnaturalistiche e neanche complessi di norme da applicare ai singoli casi concreti attraverso procedimenti di sussunzione, ma piuttosto costituiscono proposte di soluzioni di problemi, e tali proposte mediante ripetute verifiche pratiche possono guadagnare una specie, per così dire, di consenso sulla loro obbligatorietà (*ibidem*).

soprattutto, nelle cosiddette "clausole generali"<sup>63</sup>. Come "modelli", come "immagini ideali", come "rappresentazioni" questi elementi, in se stessi considerati, pensati cioè indipendentemente dal contesto concreto degli scambi e dei rapporti in cui sono implicati, sembrano rivelare una loro speciale teoreticità, una loro "ενεργεια" che emerge dalla coscienza giuridica, che precede ogni elaborazione conoscitiva e tecnica: una teoreticità in sé generica e indeterminata la quale può determinarsi praticamente attraverso procedimenti interpretativi e decisionali. Sotto questo aspetto, sia pure tenendo calcolo delle debite differenze, hanno rilevanza quei principi che sembrano "pervadere" tutto un ordinamento giuridico e che possono essere da esso desunti nel suo complesso<sup>64</sup>. Si pensi, nell'ambito della comunità giuridica internazionale, al principio della eguaglianza giuridica degli Stati. Tale principio può in certi casi non sussistere per un privilegio concesso alle cosiddette grandi Potenze nel Patto della Società delle Nazioni e nello Statuto dell'O.N.U., ma può anche sussistere pur non essendo sancito da alcuna apposita norma internazionale<sup>65</sup>.

Al cosmo giuridico ("Kosmos des Rechts") appartengono "valori morali" e principi quali "l'eguaglianza", "la fiducia", "la buona fede", "il rispetto della dignità umana", che non sono interessi qualsiasi accanto ad altri. Tali valori, come dice Coing, sono gli *elementi ordinatori* veramente decisivi del diritto privato (e, più ancora, naturalmente del diritto penale e di settori del diritto pubblico); essi non stanno *accanto*, ma

63) LARENZ, *op. loc. ult. cit.* Per ciò che riguarda la nozione di "clausole generali" vedi anche —nella vasta letteratura— di HENKEL, *op. cit.*, pp. 68, 330, 357-360. Come afferma Ch. PERELMAN (*L'interprétation juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, 1972, p. 30), "...On a dit et répété souvent que l'interprétation s'arrête quand le texte est clair: *interpretatio cessat in claris*. Mais quand peut-on dire qu'un texte est clair? Quand est clair le sens que le législateur ancien lui a donné? Quand le sens qu'on lui donne actuellement est clair pour le juge? Quand les deux sens clairs coïncident? En fait, cela ne suffit nullement, car une règle de droit s'interprète nécessairement dans le contexte d'un système juridique et celui-ci peut nous obliger d'introduire dans la lecture du texte des clauses générales qui en restreignent la portée, mais qui ne sont pas explicitées ... Mais il va de soi que, dans bon nombre de situations, la clause sous-entendue peut donner lieu à des interprétations divergentes".

64) Vedi G. BALLADORE PALLIERI: *Diritto internazionale pubblico*<sup>8</sup>, Milano, 1962, pp. 25-26.

65) BALLADORE PALLIERI, *op. loc. cit.*

al di sopra della fattispecie da regolamentare. Perciò, come è anche riaffermato da Engisch, fondamento ultimo di tutta l'applicazione del diritto deve essere "la coscienza di quelle valutazioni su cui si fonda il nostro ordinamento giuridico"<sup>66</sup>. A me pare proprio che si debba parlare di *coscienza* delle valutazioni, proprio di "coscienza" (nel senso della parola qui da me seguito), non esclusivamente di conoscenza di norme come atto conoscitivo in senso stretto, analitico, descrittivo, informativo, ecc. (del tutto esprimibile in proposizioni analiticamente o empiricamente verificabili come vere o come false) e neanche, per converso, di pura volontà decisionale, creativa. Pertanto contro ogni riduttivismo, intesa in concreto, ambientalmente e socialmente, la coscienza di chi deve applicare la legge può attuarsi come esplicazione di ciò che proprio è implicito nel cosmo giuridico<sup>67</sup>, cioè anche di principi che stanno

66) H. COING: *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, in *Juristenzeitung*, 1951, p. 485, citato da ENGISCH, *op. cit.*, pp. 187 ss.; trad. it cit., pp. 311 ss. "... il diritto non si esaurisce nel diritto formale; al di là del diritto formale esiste una realtà, che non è soltanto sociale, ma è giuridica, costituita, se vogliamo usare questa terminologia ora in voga, dal diritto materiale. La nostra Costituzione fa aperta ammissione dell'esistenza di questo diritto, logicamente preesistente, che la Costituzione in più norme dichiara di riconoscere, e si deve attribuire alla parola "riconoscere" il suo significato proprio, non di attribuzione giuridica, ma di ricognizione di giuridicità. Quindi allorché diciamo di voler rimanere fedeli all'ordinamento giuridico pur ispirando l'interpretazione ai valori in cui crediamo, intendiamo riferirci a questa più vasta nozione del diritto, a tutta la realtà giuridica che ci circonda" (F. SANTORO PASSARELLI, *Senso di un insegnamento*, in *Rivista di diritto civile*, 1972, p. 423).

67) Può anche dirsi che tale esplicazione abbia bisogno di una "Ganzheitsschau". Cfr. O. BRUSHIN, *Ueber die Objektivitaet der Rechtsprechung*, Helsinki, 1949, p. 121.

Ho qui spinto al massimo la contrapposizione di "fedeltà al diritto" e di "creazione del diritto". Apparentemente quindi mi troverei in contrasto con T. CAVALCANTI FILHO, il quale nel suo importante libro *O problema da segurança no direito*, São Paulo, 1964, a p. 165 dice fra l'altro: "não são poucos os que vêem no caráter criador da atividade jurisdicional uma negação do princípio de certeza e de segurança. Nada menos exato. Graças, exatamente, à função particularizadora do magistrado é que se completa e ganha consistência efetiva o princípio de certeza e de segurança". Ora, il fatto che l'attività del giudice "particolarizzi" una norma generale ponendo in essere, ad esempio, una norma individuale rientra nell'ambito della applicazione del diritto e, secondo me, della esplicazione del cosmo giuridico (comprendente in sé "o princípio de certeza e de segurança"). E poiché c'è applicazione ed esplicazione non ci può essere creazione in senso assoluto. L'attività del giudice è giu-

dietro la legge<sup>68</sup>. L'attuazione della legge non è creazione ma è *esplicazione*, tanto più valida quanto più fedele, di ciò che è implicito nella legge, dietro la legge. La fedeltà al diritto si realizza attraverso tale esplicazione. La "Rechtsfindung" non può *tout court* essere ridotta in maniera esclusiva in termini di "Rechtsschöpfung"<sup>69</sup>. Questa ipotesi filosofica, peraltro gravida di problemi, sembra utile a farci uscire sia da un assurdo creazionismo sia dalle finzioni di un certo formalismo. Ma

ridica in quanto rientra nell'ambito del diritto, cioè in quanto esprime ed esplica ciò che si intende con la parola "diritto" usata in senso lato. Che poi anche per la individualizzazione e particolarizzazione del diritto si continui a parlare di creazione è una questione verbale.

Secondo HENKEL (*op. cit.*, p. 360) "...*Typus und Individualitaet im Recht*" "sind" "Phaenomene" "die in einem Spannungsverhaeltnis stehen, sich aber nicht in antinomischer Weise ausschliessen, sondern in *polarer Wechselbeziehung* einander fordern und ergaenzen, wobei der Schwerpunkt sich bald in die *typisierende*, bald in die *individualisierende Behandlung* verlagern kann". HENKEL parla di due "Tendenzen" delle quali "die eine die andere ergaenzt, hemmt und begrenzt" (*op. cit.*, p. 364). Ora, evidentemente, stando a questo punto di vista, non si può pensare al diritto in senso lato senza pensare a questa tensione bipolare di tipicità come tendenza alla generalizzazione (*op. ult. cit.*, pp. 358, 360) e di individualizzazione. Il diritto in concreto consiste in questa tensione in cui, secondo i casi, un termine (tipicità o individualizzazione) può prevalere sull'altro (individualizzazione) senza annullarlo. L'uno costituisce il freno e il limite dell'altro. Ebbene, secondo me, se il diritto è relazione dei due termini è erroneo considerare uno dei due (la individualizzazione) come creazione del diritto.

- 68) Si parla della legislazione, del precedente, della consuetudine, della tradizione culturale come di fonti del diritto (vedi, ad esempio, Ross, *op. cit.*, pp. 75 ss.; trad. it. cit., pp. 72 ss. Prescindiamo dalle ambiguità inerenti all'uso della nozione di "fonte del diritto", rievate, ad esempio, da KELSEN (*General Theory of Law and State*<sup>2</sup>, Cambridge Mass., 1945, pp. 131-132), e prescindiamo dalla molteplicità dei vari sensi in cui sono usate le parole "tradizione" e "cultura". Certamente, a mio avviso, sono parole indicative di elementi che rientrano nel cosmo giuridico. Possiamo parlare del cosmo giuridico come implicante la tradizione e della tradizione come implicante atteggiamenti valutativi.

A una visione originale del "cosmo giuridico" (indipendentemente dall'uso letterale di questa espressione) come "esperienza giuridica" concreta —contro forme di astratto e intellettualistico riduttivismo— si apre la concezione di C. Cossio che merita di essere considerata e discussa in altra sede nella molteplicità dei suoi elementi. Vedi, ad esempio, fra le varie opere di questo autore: *La teoria egológica del derecho*<sup>2</sup>, Buenos Aires, 1964, per ciò che qui interessa, specialmente pp. 133 ss. e pp. 147 ss.

- 69) Perciò sarebbe su questo punto da discutere ciò che dice, ad esempio, P. BOCKELMANN (*Einfuehrung in das Recht*, Muenchen, 1963, p. 139).

come realizzare in pratica l'esplicazione di ciò che è implicito nel diritto, che sta dietro la legge?

Non ci si deve nascondere che l'appello a elementi e principi che stanno dietro la legge può essere alle volte vano e rettorico. Quando però tale appello non sia vano i cosiddetti principi della eguaglianza, della libertà, della fiducia, della dignità e del rispetto della persona, della sicurezza e della certezza del diritto —ed altri ancora—, presi di per se stessi, valgono a orientare e a *dirigere* in senso molto lato e generico comportamenti umani e decisioni. Non si può negare che una qualunque proposizione in cui, ad esempio, si esprima una idea di libertà oppure una idea di eguaglianza possa essere caratterizzata dalla tendenza a dirigere i comportamenti umani. Tuttavia si tratta di proposizioni che, in se stesse, sono pure enunciazioni teoriche con un margine molto ampio di indeterminatezza<sup>70</sup>. I principi espressi da tali proposizioni sono in-

---

70) Vedi, ad esempio, ciò che dice TAMMELO a proposito dell'idea di giustizia la quale "opera come uno schema di riferimento per la comunicazione di idee sulla giustizia; i criteri di giustizia sono invece strumenti per decidere se qualcosa sia giusto o no" (*Interpretazione dei trattati e considerazioni intorno alla giustizia*, in *Jus*, 1968, p. 42). Secondo me, in tale "schematicità", in quanto condizione di criteri decisionali, si esprime quella che io considero teoreticità coscienziale distinta dalla teoreticità intellettuale e conoscitiva. Giustamente TAMMELO dice (*La relatività della giustizia ed il principio della sollecitudine*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1958, pp. 354-355) che anche "vuote formule" di giustizia sono suscettibili di costituire 1) "formulazioni di problemi proposti all'indagine intellettuale", 2) punti "di partenza da cui possono prendere le mosse tentativi di penetrare intellettualmente quanto non è conosciuto", 3) "punti intorno ai quali può essere centrato l'interesse per ideali che pur sono irraggiungibili". In questo senso e accettando queste tre indicazioni di Tammelo, a mio avviso, anche le cosiddette "formule vuote" esprimono, come dicevo, una teoreticità direttiva e coscienziale che ha il carattere di precondizione rispetto ad ogni sua conoscitiva, "intellettuale" e pratica determinazione. Teoreticità coscienziale e quindi a sua volta neppure riducibile (ciò in contrasto con alcuni neo-empiristi contemporanei) a puro elemento emozionale o soggettivo. Se si tratta, come qui propongo, di teoreticità della coscienza si tratta conseguentemente di una esigenza di oggettività che è implicita nella coscienza, che richiede di essere determinata, pur essendo in sé e per sé indeterminata. L'elemento emozionale e soggettivo entrerà nel processo di individuazione e determinazione di siffatta oggettività. Giustamente, altrove, TAMMELO dice: "Considering that there are so many urgent particular tasks relating to law, justice, and social reality, inquiries into them ... may be regarded as idle. I am unable to accept such a viewpoint. Philosophical efforts are necessary for our orientation in the world. Without a resort to principles of general and abstract nature, without philosophical reflections,

fatti suscettibili di assumere valori pratici diversi (e alle volte fra loro contrastanti secondo i vari contesti, le strutture, le situazioni, ecc., in cui sono inseriti ed enunciati). Rispetto a conoscenze giuridiche specifiche, e alle relative nozioni tecnicamente elaborate, i ridetti principi rivelano un carattere teorico "prenozionale" e "preconoscitivo" che emerge dalla coscienza umana ambientalmente e socialmente considerata (sempre secondo il senso attribuito qui alla parola "coscienza" in quanto distinta da "conoscenza")<sup>71</sup>. Perciò non possono essere

---

the *concretum* which confronts us would remain too much a *confusum* for us, our experiences of life would be fortuitous, our judgment ill-founded..." (*Law, Justice, and Social Reality*, in *Oesterr. Zeitschrift fuer Oeffentliches Recht*, 1957, p. 373). I principi, ripeto, a cui qui si riferisce Tammelo sono astratti (come anche io dico) dal punto di vista intellettuale e conoscitivo, ma sono concreti nel loro fondamento coscienziale.

Bisogna comunque tenere calcolo della imprescindibile teoreticità della concreta coscienza umana la quale si esplica e si determina attraverso conoscenze intellettuali e valutazioni pratiche ma non è *tout court* ad esse riducibile. Anche REALE parla di "natura teoretica di valutazioni metodicamente determinate" (*O diritto como experiência*, cit., p. 117; trad. it. cit., p. 252). Secondo me, ripeto ancora, la "teoreticità" delle valutazioni è elemento coscienziale implicito suscettibile di esplicarsi attraverso processi valutativi e decisionali.

- 71) La direttività dei principi si esprime evidentemente non mediante certe parole isolate ma attraverso proposizioni e contesti in cui tali parole siano inserite come indicative di principi. "The directive as a linguistic expression is in a given social group understood in a typical uniform way." (K. OPALEK, *The Problem of "Directive Meaning"*, in *Liber Amicorum in Honour of Professor Alf Ross*, Copenhagen, 1969, p. 418). Per ciò che nel "directive meaning" è irriducibile a "cognitive meaning" e contro l'opinione per cui "directives have no meaning at all" vedi *op. ult. cit.*, p. 410 ss. OPALEK vuole salvare da ogni indebita riduzione l'elemento di "dover essere" ("ought" o "Sollen") delle espressioni direttive senza ricorrere a "qualcosa di esterno" rispetto ad esse —né in senso naturalistico fattuale né in senso metafisico— di cui esse siano la "riproduzione". Secondo OPALEK, "...one can say with some approximation that directives are entities "independent" of the extra-linguistic reality". "In other words one can say that the directives are self-referring, connoting and denoting themselves. They mean just what they are" (*op. cit.*, p. 420). Secondo me, la teoreticità deontica (in quanto implicante "ought", "Sollen", ecc.) delle espressioni direttive trova il suo fondamento in quella che io considero implicita teoreticità fondamentale (direttiva e perciò deontica) della coscienza, implicata nel conoscere e nel volere e pur tuttavia in sé e per sé irriducibile a conoscenza e a volontà. Questa teoreticità implicita è appunto "self-referring" perché non è condizionata dalla distinzione fra "linguistic signs" e "something external in relation to them" (OPALEK, *op. cit.*, p. 420; trascivo in corsivo la parola "relation"). A mio avviso, tale "relation" può riguardare la conoscenza e la prassi attraverso le quali la coscienza si esplica ma non riguarda

“assimilati agli assiomi o alle formule di un linguaggio formale”. Sotto questo aspetto e a questo proposito è accettabile ciò che dice Perelman. “Ce n'est que dans un contexte déterminé, quand on a pu indiquer les conséquences concrètes de l'application de ces principes, les valeurs et les intérêts qu'ils tendent à favoriser et à combattre, que l'on sera à même de prendre position à leur égard”<sup>72</sup>.

Si consideri il principio di eguaglianza come valore che non è soltanto implicito nel cosmo giuridico ma a cui esplicitamente si riferisce il legislatore, come, ad esempio, nell'articolo 3 del “Bonner Grundgesetz”<sup>73</sup> o, in particolare, in materia di risarcimento di danni nel paragrafo 249 del “Bürgerliches Gesetzbuch”<sup>74</sup>. Secondo quell'articolo 3 tutti sono uguali di fronte alla legge. Gli uomini e le donne hanno gli stessi diritti. Nessuno può essere danneggiato o avvantaggiato a causa del suo sesso, della sua origine, della sua razza, della sua lingua, della sua patria, del suo ceto, delle sue credenze religiose o politiche, ecc. Nondimeno questa proclamazione del principio di eguaglianza non esclude che secondo l'articolo 16 del medesimo “Bonner Grundgesetz” soltanto nei confronti di uno straniero, e non di un cittadino tedesco, si possa procedere all'estradizione<sup>75</sup> né esclude che nei tribunali tedeschi debba essere usata la lingua tedesca. D'altra parte sarebbe ridicolo, ad esempio, contestare la validità di norme a protezione della maternità appellandosi al principio di eguaglianza e considerando che non esistono né possono esistere norme simili ri-

---

necessariamente l'espressione della implicita teoreticità deontica della coscienza considerata in se stessa.

- 72) PERELMAN: *La justification des normes*, in *Entretiens in Amsterdam, 8-11 September 1971*, ed. by K. KUYPERS, p. 52. “Principles of logic are in themselves not principles of law but only principles for the apprehension and communication of law.” Così TAMMELLO, *On the Logical Openness of Legal Orders*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1959, p. 203. Vedi anche di TAMMELLO, *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969, pp. 131-133.
- 73) *Bonner Grundgesetz*, Muenchen, 1968 (38. Auflage, Stand vom 1. November 1968), pp. 24-25. Cfr. H. SCHOLLER, *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkuerverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Berlin, 1969, pp. 33 ss.
- 74) *Buergerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896*, Berlin, 1949 (19. Auflage), p. 114. Vedi G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz* (1951), in *Die Gleichheit vor dem Gesetz*<sup>2</sup>, Muenchen, Berlin, 1959, pp. 238-262.
- 75) *Bonner Grundgesetz*, cit., pp. 31-32.

guardanti la paternità. Qui è la stessa legge che pone limiti al principio di eguaglianza da essa stessa proclamato <sup>76</sup>.

In altri casi la determinazione dei limiti di applicazione, per così dire, del principio di eguaglianza può essere condizionata dall'attività interpretativa e decisionale del giudice. Per ciò che riguarda appunto il paragrafo 249 del "Bürgerliches Gesetzbuch" al principio di eguaglianza corrisponde l'equivalenza fra risarcimento e danno. Il danno può consistere in lesioni e offese recate a personeo in guasti e distruzione di cose. Un oggetto deve essere rimesso nelle condizioni in cui si trovava prima del danno. Invece della ricostruzione della cosa danneggiata il creditore può pretendere una somma di danaro corrispettiva.

Ora, in che misura deve essere determinato il risarcimento e come compararlo al danno? L'interrogativo si pone, come è evidente, nell'ambito di situazioni concrete. A Tizio è stata distrutta una macchina di cui egli si serviva utilmente ma che avrebbe potuto vendere ottenendo non più del prezzo di un ferro vecchio. Deve il risarcimento corrispondere al prezzo di acquisto di una macchina nuova? Oppure Tizio deve ricevere non tanto quanto costerebbe un pezzo nuovo di fabbrica ma una macchina che ancora possa servire all'uso pur non essendo nuova? E in che misura determinare il risarcimento in una ipotetica particolare situazione di mercato nella quale sia difficile stabilire il prezzo intermedio fra il costo di una macchina nuova e il costo di un ferro vecchio o in cui sia difficile potere comperare una macchina che pur non essendo nuova di fabbrica non sia un inutile ferro vecchio?

Non importa per ora ai fini delle presenti considerazioni in che senso si decida. Secondo Bockelmann, in qualsiasi senso si decida è sicuro che la decisione non può dipendere da un illusorio valore assoluto di risarcimento, ma deve dipendere da una relazione di valori da scegliere fra più possibilità. Ma quale relazione sia valida non deriva dal principio di eguaglianza, piuttosto è vero invece che la scelta di una determinata possibilità è decisiva agli effetti di ciò che possa valere come eguale <sup>77</sup>. Così Bockelmann. Ammesso ciò, il principio di egua-

---

76) BOCKELMANN, *op. cit.*, p. 51.

77) BOCKELMANN, *op. cit.*, p. 45.

glianza non cessa di essere un principio direttivo nei confronti della decisione (sia pure in se stesso teoricamente direttivo, come dicevo).

Secondo me, la decisione, quando non sia assolutamente arbitraria, in certi casi rende praticamente esplicito un implicito principio di eguaglianza che non è, tuttavia l'*unico* principio del cosmo giuridico e perciò ha bisogno di essere di volta in volta esplicito in relazione con *altri* principi e proprio attraverso relazioni le quali in pratica variano col variare delle situazioni concrete che al giudice spetta di comparare fra loro prima di arrivare alla sentenza (e qui sorge il problema di quella che io chiamo comparazione simpatetica e a cui mi riferisco nelle pagine seguenti). Il senso teorico-direttivo del principio di eguaglianza nei confronti della decisione non svanisce ma permane anche nei casi-limite là dove vale come proibizione dell'arbitrio (per lo meno dell'arbitrio assoluto anche se un minimo di arbitrio permane poiché qui si tratta di "più" o di "meno" e non di "sì" o di "no"): come proibizione dell'arbitrio che si rivela, ad esempio, quando ciò che è considerato fondamento di una decisione in un determinato caso non sia più considerato tale in un altro caso analogo.

Serve qui ricordare una antica favola a cui si riferisce Bockelmann<sup>78</sup> e che in breve può essere ripetuta pressappoco nel modo seguente. Un contadino dice, con apparente sconforto, che il suo cane aveva morsicato gravemente una mucca del padrone. Ma quando al contadino è prospettato l'obbligo di un elevato risarcimento di danni egli furbescamente riesce a dimostrare di essersi confuso e che invece, al contrario, era stato il cane del padrone a mordere la mucca del contadino. Allora il giudice muta la decisione già prospettata *affermando* che il caso in cui la mucca del contadino sia stata morsicata dal cane del padrone è completamente diverso rispetto al caso in cui la mucca del padrone sia stata morsicata dal cane del contadino. Ebbene, questa *affermazione* segna indubbiamente il limite in cui la giustizia finisce e finisce anche il diritto in quanto finisce ogni validità del principio di eguaglianza<sup>79</sup>. Appare dunque, secondo me, chiaro il senso dell'eguaglianza come

78) BOCKELMANN, *op. cit.*, p. 52.

79) BOCKELMANN, *op. cit.*, p. 42.

valore teoretico-direttivo che segna il confine fra il cosmo giuridico e il non essere del diritto ma che di per sé solo non può funzionare come criterio pratico<sup>80</sup> e come guida d'azione e di decisione.

Come passare dunque, ripeto, da impliciti principi direttivi in sé e per sé indeterminati che costituiscono l'orizzonte circoscrivente del cosmo giuridico alla loro attuazione pratica, come passare, in altri termini, dalla "ενεργεια" teorica dei principi alla loro attuazione particolare, dalla teoria alla pratica, da ciò che pur avendo un senso direttivo nei confronti dei comportamenti umani non può di per sé funzionare in concreto come unica guida di decisioni e di azione?

Credo che la risposta a questa domanda possa essere offerta, almeno in parte ed entro certi limiti, da una considerazione del processo psicologico simpatetico e precisamente da un ripensamento della simpatia mediata e indiretta seguendo per qualche aspetto uno svolgimento della dottrina proposta originalmente da David Hume, elaborata da Adam Smith e presente, sia pure con qualche travisamento, in alcune manifestazioni della cultura contemporanea<sup>81</sup>.

Mi riferisco a quell'atteggiamento psicologico che si attua in quanto ci si ponga immaginativamente nelle situazioni delle persone reali o ipotetiche le quali possano, in qualche modo, ricevere gli effetti delle nostre decisioni; specificamente, per ciò che qui interessa, si tratta delle decisioni di un giudice.

80) Secondo F. A. HAYEK (*Ordinamento giuridico e ordine sociale*, in *Il Politico*, 1968, p. 704), "...anche se fosse esatto che non vi siano obiettivi criteri di giustizia vi possono essere obiettivi criteri di ingiustizia la cui sistematica applicazione alle regole giuridiche trattative ci" avvicina "gradualmente alla giustizia che tuttavia non saremo mai sicuri di avere raggiunto". A questo proposito HAYEK (*op. cit.*, p. 703) si riferisce anche a un mio punto di vista interpretativo della *Theory of Moral Sentiments* di A. SMITH.

CAMPBELL (*Giustizia e tolleranza*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1954, p. 178) parla di "presunzione in favore dell'eguaglianza" per cui "l'onere della prova" è "addossato" "su chi affermi che un certo caso particolare debba essere trattato come un caso di ineguaglianza". C'è, ad esempio, "una presunzione in favore della uguale libertà", ma "vale questa presunzione in favore di coloro che vogliono che la libertà abolisca la libertà?" (*op. ult. cit.*, p. 185).

81) Vedi il mio *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*<sup>2</sup>, cit., e in proposito, ad esempio, la nota di R. SPECHT alla prima edizione di questo mio libro in *Philosophisches Jahrbuch*, 1955, p. 456.

La decisione di un giudice sarà tanto meno arbitraria<sup>82</sup> quanto più egli riuscirà, prima di decidere, a comparare il maggior numero possibile delle diverse situazioni ambientali in cui si trovino, o possano trovarsi, le persone interessate alla sua decisione. E tale comparazione è appunto condizionata psicologicamente da una trasposizione immaginativa nelle situazioni altrui che può essere chiamata simpatia mediata e indiretta (la quale è ben distinta dalla simpatia immediata e diretta come pura e istintiva fusione di sentimenti fra persone diverse). Ciò che caratterizza il processo di simpatia mediata e indiretta è l'elemento "situazione"<sup>83</sup>. Evidentemente il porsi immaginativamente nelle situazioni altrui è un processo la cui validità è collegata alla conoscenza empirica e fattuale di tali situazioni<sup>84</sup>.

10. Mi interessa qui pertanto dare risalto ai seguenti tre punti fondamentali. 1) Da un lato, ripeto, il processo simpatetico indiretto quanto più largamente è attuato tanto più è idoneo a limitare e circoscrivere l'arbitrio della decisione in cui si conclude l'attività del giudice. 2) D'altro lato il processo simpatetico serve a rendere espliciti e praticamente rilevanti i principi che stanno dietro la legge i quali altrimenti restano puramente teorici e ineffettivi. E inoltre 3) il processo simpatetico e di comparazione delle situazioni in conflitto non è una ipotesi filosofica che si sovrapponga astrattamente all'attività del giudice; in effetti corrisponde piuttosto a ciò che il giudice effettivamente fa, specialmente in certi casi più nevralgici; è una tendenza (contraria all'arbitrio) implicata nell'attività

82) Per una nozione di "arbitrio" sia in relazione con l'attività del legislatore sia in relazione con l'attività del giudice vedi LEIBHOLZ, *op. cit.*, specialmente pp. 96-98.

83) A. L. MACFIE: *The Individual in Society, Papers on Adam Smith*, London, 1967 (anche in riferimento ad alcuni miei punti di vista interpretativi del pensiero di Adam Smith), specialmente pp. 42 ss., 50 ss., 64 ss., 71 ss., 87 ss. A un diverso livello di discorso vedi le nozioni di "simpatia" e di "situazione" nelle importanti pagine di E. GARCÍA MÁYNEZ, *Ensayos filosófico-jurídicos*, México, 1959, pp. 45 ss. Vedi anche, sotto altro aspetto, VON KEMPSKI, *op. loc. cit.*

84) Ma a questo proposito è importante, in riferimento a Smith, la recente interpretazione di D. D. RAPHAEL, *The Impartial Spectator (Dawes Hicks Lecture on Philosophy, British Academy)*, London, 1972, specialmente, per ciò che qui interessa in rapporto alla nozione di "situazione", pp. 11 ss. Vedi anche di RAPHAEL, *Hume and Adam Smith on Justice and Utility (Meeting of the Aristotelian Society)*, London, 1973 (estratto), pp. 93-94.

del giudice e alla quale si addice uno sforzo di intensificazione<sup>85</sup>. Intanto (per ciò che riguarda il primo e il terzo di questi tre punti) mi sembra utile prendere in considerazione una tesi espressa da Nelson e la relativa critica di Ross.

Nelson aveva proposto un "Gedankenexperiment" che si avvicina alla nozione di simpatia qui accennata. Precisamente, secondo Nelson, affinché la decisione riguardante un conflitto di interessi sia il meno possibile arbitraria bisogna che sia condizionata dall'eguale comparazione di tutti gli interessi coinvolti nel conflitto: il che trova riscontro in un generale sentimento giuridico e morale. Perché, a sua volta, tale comparazione sia possibile bisogna che il giudice immagini che tutti gli interessi coinvolti nel conflitto siano interessi suoi propri (e qui c'è, secondo me, l'atteggiamento simpatetico indiretto sia pure parzialmente introdotto da Nelson<sup>86</sup>).

Ross dice che questo esperimento mentale e immaginativo di Nelson non è realizzabile per la seguente ragione: "mentre mi è facile", dice Ross, "immaginare di usare il cappello di un altro con la piena consapevolezza che esso appartiene a un'altra persona, la stessa cosa non è possibile nel caso di un interesse". "Non posso sperimentare un interesse e nello stesso tempo considerarlo non mio ma di un altro"<sup>87</sup>.

- 85) Si tratta appunto di rendere il più possibile ragionevoli le argomentazioni giuridiche in quanto considerate nel loro specifico carattere non esclusivamente riducibile in termini di logica formale. TAMMELO riconosce tale irriducibilità e prende in considerazione la rettorica e gli elementi, anche psicologici, che rendono il più possibile valida ed accettabile l'argomentazione giuridica, come "rhetorical argumentation, as distinguished from merely oratorical or demagogic argumentation". Riferendosi pure ad altri autori, quali E. W. Patterson e H. W. Johnstone Jr., TAMMELO parla di "integrity of the reasoner as a precondition of proper argumentation" (*Treaty Interpretation and Practical Reason*, cit., pp. 46, 67). Ebbene, io accetto i vari elementi indicati da Tammelo come condizioni di plausibilità e di ragionevolezza delle argomentazioni giuridiche, e cerco di sottolineare e di dimostrare l'importanza della simpatia indiretta come "precondizione" fondamentale.
- 86) L. NELSON: *Vorlesungen ueber die Grundlagen der Ethik*, I, *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig, 1917, pp. 129 ss.
- 87) Ross: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Kopenhagen, Leipzig, 1933, pp. 357 ss., e *On Law and Justice*, cit., pp. 277 ss.; trad. it. cit., pp. 262 ss.

Tuttavia, ammesso per ipotesi che la critica di Ross sia valida, io credo che il "Gedankenexperiment" di Nelson possa essere riconsiderato e modificato in modo da superare l'obiezione di Ross. Si tratta di sostituire, nel discorso di Nelson, alle nozioni di interesse, di desiderio, ecc., la nozione smithiana di "situazione". Se è vero infatti che non posso sperimentare un desiderio (o un interesse) di un altro come fosse mio e nello stesso tempo considerarlo non mio ma di un altro, posso invece immaginare di essere nella situazione di un altro pur avendo la consapevolezza di essere nella mia propria situazione. E (per confutare Ross stando al suo esempio) anche ammesso che io non possa provare la sensazione che prova un altro usando il suo cappello e considerare nello stesso tempo tale sensazione non mia ma dell'altro, tuttavia posso immaginare di essere nella situazione di usare il cappello di un altro con la piena consapevolezza di non usarlo, ma appunto immaginando quali sarebbero le mie sensazioni se l'usassi.

Ross dice inoltre che una decisione è oggettiva, e non arbitraria, quando non è in contrasto con la "normalità" e, precisamente, "con ciò che è tipico dei giudici nel loro complesso"<sup>88</sup>. Ma questa affermazione, presa in generale, non soddisfa: restano fuori i casi e le complicate situazioni di cosiddette "crisi della normalità", nelle quali cioè le valutazioni dei giudici e dei giuristi correnti nella pratica sono fra loro diverse e contrastanti, e in cui non è possibile parlare globalmente di "ciò che è tipico dei giudici nel loro complesso".

Ritorniamo quindi a considerare, contro Ross, la comparazione delle situazioni relative agli interessi in conflitto come mezzo per limitare il più possibile l'arbitrio in una decisione e, nello stesso tempo, come mezzo per rendere praticamente espliciti e funzionanti quei principi che stanno dietro la legge e che pure appartengono al cosmo giuridico ambientalmente e storicamente considerato. Ciò corrisponde al secondo dei tre punti prima enunciati: la comparazione simpatetica delle situazioni connesse a un conflitto di interessi è un mezzo di limitazione dell'arbitrio in una decisione, in quanto è parimenti un mezzo di esplicazione pratica di certi valori o principi giu-

---

88) Ross, *op. ult. cit.*, p. 285; trad. it. cit., p. 269.

ridici che, rispettivamente, non sempre trovano una loro univoca determinazione da parte dell'attività dei giudici globalmente e tipicamente considerata.

Da notare, ripeto, che la comparazione simpatetica non corrisponde alla sovrapposizione di una ipotesi filosofica a ciò che il giudice faccia o possa fare. L'indagine filosofica —se così si vuol dire— consiste qui nel rendere esplicito ciò che il giudice più o meno effettivamente fa quando non voglia agire in maniera soggettiva ed arbitraria. Dall'indagine filosofica emerge l'esigenza per la quale il giudice deve attuare il più largamente ed intensamente possibile ciò che non può non fare in quanto si ponga lo scopo di limitare il più possibile la soggettività e l'arbitrio della sua decisione.

11. Si consideri di nuovo il principio di "eguaglianza", per un aspetto diverso rispetto a quello a cui già mi sono riferito; in proposito, un esempio fatto da Stevenson mi sembra utile<sup>89</sup>. Si supponga "che tutti coloro che hanno un'abitazione in una data città debbano per legge pagare una tassa. I veicoli, invece, non sono soggetti a una tassa locale. Accade così che molti automobilisti vadano a un campeggio, fornito dalla città, e vivano lì per lunghi periodi nei *trailers*. Sorge il problema della loro tassazione; e questo a sua volta dipende dal considerare i *trailers* "abitazioni" o "veicoli". Ora, se le leggi della città datano da un'epoca precedente ai *trailers* (com'è presumibile), non si può sperare di rifarsi direttamente alla "intenzione del legislatore". La terminologia della legge "è troppo vaga per coprire questo caso limite; ed è stata lasciata così perché non si era previsto un caso come questo. Né i precedenti —dice Stevenson— potranno pesare sul punto controverso in un'unica direzione. Allora la questione resterà legata strettamente con una questione etica, cioè: coloro che vivono nei *trailers* devono o non essere tassati?" E, se si tratta di questione etica (come giustamente dice Stevenson), in questo caso, secondo me, entra in gioco come valore fondamentale il principio dell'eguaglianza (dell'eguale trattamento di tutti i cittadini da parte delle leggi); d'altronde un appello (come

---

89) C. L. STEVENSON: *Ethics and Language*<sup>5</sup>. New Haven, 1950, p. 295; trad. it. *Etica e Linguaggio*, Milano, 1962, p. 383.

quello di Ross<sup>90</sup>) alla "normalità" del comportamento dei giudici qui evidentemente non avrebbe senso. La decisione del giudice sarà tanto meno arbitraria quanto più egli riuscirà a salvare, a rendere esplicito con argomentazioni persuasive e a determinare il valore dell'eguaglianza. Il che potrà avvenire sia giustificando, riguardo al pagamento della tassa, un trattamento degli automobilisti eguale rispetto a coloro che hanno un'abitazione sia, viceversa, motivando le ragioni di una esenzione degli automobilisti dal pagamento della tassa.

Anche la diseguaglianza di trattamento di coloro che vivono per lunghi periodi nei *trailers* rispetto a coloro che vivono nelle abitazioni, in quanto sia adeguatamente motivata e argomentata, può dunque corrispondere ad un'implicita esigenza di eguaglianza. Si tratta quindi di giustificare e di motivare argomentando nella maniera più persuasiva possibile<sup>91</sup>. Siccome siamo nel campo della argomentazione (in quanto ragionevolezza non riducibile esclusivamente a discorso descrittivo fattuale né a discorso analitico) anche qui non vale l'alternativa di "sì" o di "no", di "vero" o "falso", bensì di "più" o

90) Ross, *op. loc. ult. cit.*

91) Interessa qui ancora il pensiero di ESSER (*Vorverstaendnis und Methodewahl in der Rechtsfindung. Rationalitaetsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a. M., 1972, specialmente pp. 17-26, 35-36, 48-53, 106-112, 202-204) il quale mostra, con esempi ricavati dalla giurisprudenza, i presupposti (che io chiamo coscienziali) della formazione delle norme giuridiche e della loro applicazione giudiziaria, là dove non è determinante il processo logico di sussunzione né un tipo fisso di regole di interpretazione (*op. cit.*, pp. 43 ss., 56 ss., 68 ss.), bensì la coscienza che il giudice ha della sua funzione (*op. cit.*, pp. 7 ss., 187 ss., 204). Questa coscienza si determina in rapporto a fattispecie e casi che di volta in volta si presentino come nuovi. Ciò in maniera che non è comprensibile soltanto sulla base di una tecnica dogmatica né mediante una analisi sociologica ridotta a "Rollenanalyse" (*op. cit.*, pp. 36 ss., 107 ss., 198). Dopo Gadamer, ESSER parla di "Vorverstaendnis" (*op. cit.*, pp. 8 ss., 12 ss., 138 ss.) in cui si rispecchiano, per così dire, direttive e rappresentazioni di fini di giustizia e di razionalità indispensabili per le giustificazioni e i controlli delle decisioni (*op. cit.*, p. 77). Malgrado la tradizionale forma e la lingua nella quale spesso si esprimono gli argomenti giuridici si nota oggi in modo crescente la tendenza verso decisioni giuridico-politiche che hanno carattere di novità, donde lo sforzo di trovare argomenti suscettibili di consenso (*op. cit.*, pp. 17 ss.). Si pone pertanto il problema che consiste nel chiedersi quale destinatario dei suoi argomenti il giudice possa immaginare come consenziente e come "Konsenspartner" (*op. cit.*, p. 28) e quali condizioni sociali contribuiscano a rendere tale "Partnerschaft" effettivamente rilevante e non fittizia.

“meno” persuasivo e convincente<sup>92</sup>. Ebbene l'argomentazione sarà tanto più persuasiva ed esplicatrice del principio di eguaglianza quanto più sarà sostenuta da procedimenti simpatetici nel senso a cui già mi sono riferito e pertanto da una comparazione previa di situazioni concrete e da un bilanciamento di interessi ad esse relativi.

12. In definitiva credo si possa dimostrare che, indipendentemente dal processo interpretativo simpatetico, i principi implicati nel cosmo giuridico, ambientalmente e socialmente considerato, non riescono sempre —come dicevo— a funzionare come guida d'azione né perciò ad avere un contenuto pratico ben determinato e determinante. Sotto questo aspetto la simpatia indiretta non può essere condizionata da principi o da valori che già funzionino effettivamente come guida d'azione perché è essa stessa che invece rende possibile la loro pratica determinazione e funzione. Così, ad esempio, anche il principio del rispetto della persona e della sua dignità può essere suscettibile di assumere vari sensi direttivi fra cui si tratta di decidere in un determinato ambiente socio-culturale quale sia preferibile. E la decisione sarà tanto meno arbitraria quanto più largamente sarà condizionata da una comparazione simpatetica di situazioni concrete<sup>93</sup>.

---

92) Come dice K. MAKKONEN (*Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, Turku, 1965, p. 212). “Exakte Kriterien gibt es nicht. Die Argumentation kann mehr oder weniger ueberzeugend sein, aber oft enthaelt sie auch reine Rhetorik, die gar nicht auf rationaler Ueberzeugungskraft fusst. Da die Entscheidungstaetigkeit zu einem so grossen Teil solche Saetze anwendet, die weder wahr noch falsch sein koennen, folgt daraus, dass es zahlreiche Situationen gibt, in denen es fuer die Ausdruecke “richtig” und “falsch” gar keine Verwendung gibt und desto weniger die Moeglichkeit besteht, die Gegeneuberstellung “richtig oder falsch” vorzunehmen. Das rechtliche Denken laesst sich nicht mit einer zweiwertigen Logik deuten.”

93) *Il discorso vale anche per le decisioni della nostra Corte costituzionale rispetto alle quali non si può non parlare di “situazioni psicologiche”*. E ne parla infatti G. BRANCA (*Quis adnotabit adnotatores?* in *Foro italiano*, 1970 (3, V), col. 19). Qui interessano soprattutto quelle situazioni in cui le decisioni non sono prese all'unanimità. “Se vi è unanimità” “la discussione scivola dolcemente e la redazione della sentenza non offre di regola grandi difficoltà. Ma nelle cause più importanti e più difficili altro che unanimità! Spesso vengono decise con strette maggioranze, per esempio con 8 voti contro 7. In questi casi, per una prassi che si è venuta attuando spontaneamente, le tesi estreme, quella della maggioranza (ad es. favorevole alla incostituzionalità) e quella della minoranza

Stando a questo mio modo di vedere, anche nei casi più neuralgici e marginali (e perciò più significativi perché più impegnativi dal punto di vista dell'attività del giudice) l'interpretazione non crea il diritto, ma è esplicazione di elementi impliciti in un cosmo — e in un ambiente — giuridico. Ad esempio, i cosiddetti valori e principi dell'eguaglianza, della fiducia, della buona fede, del rispetto della dignità della persona, ecc., in se stessi sono elementi impliciti: in se stessi, e prima di ogni interpretazione e decisione, hanno un carattere orientativo teorico e, sia pure, generico. Il processo simpatetico-comparativo, quale momento essenziale della interpretazione, è, come dicevo, condizione di passaggio dall'implicito all'esplicito, dalla teoria alla pratica, vale a dire dai cosiddetti principi teoricamente impliciti nel cosmo giuridico alla loro pratica determinazione decisionale per opera del giudice. In questo senso anche nei casi marginali, anche, per così dire, al limite della cosiddetta esperienza giuridica, resta salvo il principio della fedeltà al diritto. Non creazione, ma esplicazione: la decisione del giudice appare come conclusione di una attività esplicatrice di ciò a cui egli deve essere fedele affinché la sua decisione sia il meno possibile arbitraria<sup>94</sup>.

13. Secondo Gottlieb<sup>95</sup> l'applicazione della legge implica una selezione di fatti la quale, a sua volta, presuppone che siano considerati i valori fondamentali di un ordinamento giuridico. Ma, come dice Gottlieb, valori, fini, interessi fondamentali (mettendo qui fra parentesi i problemi inerenti ai significati specifici che egli attribuisce a queste parole) posso-

---

(per l'infondatezza), finiscono per spuntarsi o avvicinarsi: come se le dominasse il pensiero che nessuna delle due può essere del tutto esatta, essendo difese" quasi "dallo stesso numero di sostenitori" (BRANCA, *op. loc. cit.*). Vedi ancora BRANCA, *Sentenze interpretative e agiografia*, in *Politica del diritto*, 1971, specialmente p. 656.

94) "Ausser der Bindung an Gesetz und Recht durch die Gesetze der Logik gibt es nur die Willkuer, mag sie auch auf Grund psychologischer Gegebenheiten durch Charakter oder herrschende Meinung in ihren Auswirkungen gemildert werden." (R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin, Goettingen, Heidelberg, 1962, p. 95).

Si dica pure che dove non c'è coerenza logica c'è arbitrio. Ciò peraltro non significa che in ogni caso la coerenza logico-formale di una decisione rispetto alle sue premesse elimini di per sé l'arbitrio il quale, ad esempio, può rivelarsi come inerente alla scelta delle premesse.

95) G. GOTTLIEB: *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, London, 1968.

no trovarsi in contrasto fra loro: tutti questi elementi che si pongono dinanzi alla mente del giudice sono suscettibili di proliferazione e di antitesi; e sorgono alternative; ad esempio: fino a che punto deve essere tutelata la libera espressione del pensiero individuale e ideologico a spese della sicurezza di un gruppo sociale, e viceversa? Gottlieb si pone questo problema cruciale e vuole cercare una terza strada fra il credo metafisico in principi razionali e immutabili funzionanti come guida delle decisioni e invece una concezione puramente subiettivistica e quindi, in certo senso, irrazionalistica delle decisioni stesse. Non la logica induttiva, non quella deduttiva né, per converso, una considerazione della decisione come atto puramente irrazionale sono accettabili. Neppure la dottrina americana che egli esamina del bilanciamento degli interessi in conflitto lo soddisfa<sup>96</sup>.

Secondo Gottlieb, la Suprema Corte degli Stati Uniti, in particolare dalla seconda guerra mondiale, è stata dominata da una specie di filosofia della decisione fondata sul metodo della comparazione, del soppesamento e del bilanciamento di valori, di fini e di interessi fra loro contrastanti e competitivi. Contro questa filosofia, definibile come "balancing approach", Gottlieb dà risalto ad alcune obiezioni riducibili principalmente al fatto per cui si tratta di un metodo condizionato esclusivamente dall'arbitrio del giudice (dalle circostanze presenti e contingenti nelle quali egli si trova), di un metodo che non permette il costituirsi di principi e di direttive generali (sia pure da non intendersi in senso assoluto e metafisico), che non tiene sufficientemente calcolo di tutti gli elementi emergenti dal campo delle scelte dove in concreto si determina la decisione<sup>97</sup>. Tuttavia io credo che nel "balancing approach" ci sia molto di vero e di utile e che in fondo non se ne possa fare a meno. Si tratta di approfondire il senso e le condizioni della sua efficacia sia sotto l'aspetto metodologico sia sotto l'aspetto pratico.

Tra parentesi sembra che Gottlieb veda una marcata distinzione e anche una certa opposizione fra "il significato delle parole" nella legge e la loro funzione di guida nei confronti

---

96) GOTTLIEB, *op. cit.*, pp. 163 ss.

97) GOTTLIEB, *op. cit.*, pp. 131 ss.

della decisione del giudice<sup>98</sup>. Ora mi pare che abbia ragione Wróblewski quando osserva che tale distinzione non si giustifica per lo meno in sede di interpretazione a scopo pratico-operativo e decisionale<sup>99</sup>.

Evidentemente una decisione è tanto meno arbitraria quanto più è razionale. Tale razionalità, secondo Gottlieb, non è meramente induttiva né puramente deduttiva e richiede 1) che sia coerente il processo in cui essa stessa si esplica, in quanto i mezzi siano appropriati ai fini, 2) che le decisioni e le scelte siano il meno possibile arbitrarie, 3) che le sequenze delle operazioni mentali di chi deve giudicare riflettano i caratteri direttivi, i principi e gli scopi delle norme da applicare<sup>100</sup>. Senonché evidentemente questi tre punti si riducono ad affermazioni generali in parte ovvie e suscettibili di facile critica<sup>101</sup>. Comunque, stando ad esse, resta pur sempre un largo spazio per le scelte del giudice, nell'ambito del quale si pone il problema del come limitare il più possibile l'arbitrio delle decisioni.

Bisogna dunque riprendere, dicevo, il "balancing approach" ripensandolo tuttavia al di là di quel suo aspetto più pragmatico e superficiale, giustamente del resto criticato da Gottlieb. Bisogna ripensare al campo decisionale del giudice, in cui sono comprese molteplici situazioni alle quali egli deve partecipare: non soltanto interessi presenti particolari e contingenti da comparare fra loro, ma —ripeto ancora— situazioni concrete passate e presenti, da cui emergono aspettative proiettabili come tali nel futuro<sup>102</sup>. Forse il "balancing approach" deve proprio essere riconsiderato sotto questo aspetto e cioè come

98) GOTTLIEB, *op. cit.*, p. 101.

99) J. WRÓBLEWSKI: *Comments on: Gidon Gottlieb. The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, in *Logique et analyse*, 1970, p. 381, dove appunto Wróblewski dice: "The sharp opposition between the goals of determination of the meaning and guidance for decision ... seems not justified at least for an operative interpretation".

100) GOTTLIEB, *op. cit.*, pp. 135 ss., 141, 171 ss. e WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, p. 383.

101) Cfr. WRÓBLEWSKI, *op. cit.*, pp. 383-384. Di questo autore vedi pure *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, in *Logique et analyse*, 1969, pp. 3-31, e *Legal Decision and Its Justification*, in *Logique et analyse* (53-54), 1971, pp. 409-419.

102) Vedi, a conclusione di una importante analisi giurisprudenziale le osservazioni di W. FRIEDMANN alle pp. 61-62 del suo libro *Law in a Changing Society*, London, 1959.

metodo di comparazione condizionato dalla trasposizione immaginativa del giudice nel più gran numero possibile di situazioni comprese nel suo campo decisionale<sup>103</sup>. Da questo punto di vista e attraverso siffatti processi di trasposizione il diritto che sta dietro la legge potrà rivelarsi ed essere reso esplicito, di volta in volta, attraverso il costituirsi di criteri i quali, pur non eliminando l'arbitrarietà della decisione, valgano il più possibile a limitarla. Il che, specialmente, come dicevo, nei casi più neuralgici, più dubbiosi<sup>104</sup> e marginali (ma dai quali non si può prescindere<sup>105</sup>), sembra essere tutto ciò che si possa sperare e a cui si debba tendere<sup>106</sup>.

- 
- 103) A questo punto si pone il problema dell'equità. Interessa qui nella vastissima letteratura di L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, 1959, pp. 654 ss., e di RAPHAEL, *Problems of Political Philosophy*, London, 1970, pp. 172 ss.
- 104) Del resto "In all human affairs there is some room for doubt" (CAMPBELL, *On Forgetting One's Law*, in *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1963, p. 169).
- 105) Fra questi ci sono probabilmente quei casi nei quali "anche sotto il migliore regime che umanamente si possa immaginare, è possibile che si presentino all'individuo problemi di coscienza più o meno gravi", per ripetere le parole di CAMPBELL, *La morale della disubbidienza alla legge*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1967, pp. 668-669, dove *Obligation and Obedience to Law*, in *The Proceedings of the British Academy* (LI), London, 1965, pp. 337-355.
- 106) Limitazione, ripeto, non eliminazione assoluta dell'arbitrio. "Every solution of a problem raises new unsolved problems; the more so the deeper the original problem and the bolder its solution. The more we learn about the world, and the deeper our learning, the more conscious, specific, and articulate will be our knowledge of what we do not know, our knowledge of our ignorance. For this, indeed, is the main source of our ignorance the fact that our knowledge can be only finite, while our ignorance must necessarily be infinite." Così dice K. R. POPPER (*On the Sources of Knowledge and of Ignorance —1960—*, in *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, London, 1963, p. 28). Riferendosi a Popper e ad altri autori HAYEK (*op. cit.*, p. 701) afferma che "in molti campi non si può sperare di eliminare la nostra "umana" ignoranza attraverso il progresso della scienza"; analogamente, come anche io credo, non si può in altri campi del tutto eliminare un margine di arbitrio. "Tanto più si allarga la circonferenza del conosciuto tanto più si amplia l'area periferica dello sconosciuto". Coticché bisogna cercare di "adattarsi nel migliore dei modi alla nostra inevitabile ignoranza" (HAYEK, *op. loc. cit.*).

Da questo punto di vista anche lo sforzo di limitare il più possibile l'arbitrio della decisione di un giudice può essere considerato nell'ambito di un processo di "adattamento alla nostra costituzionale ignoranza". Del resto il problema di una decisione equa non sarebbe proponibile "in un mondo in cui gli uomini fossero onniscienti".

---

“E come “tout comprendre” significherebbe “tout pardonner” così non avremmo bisogno di regole astratte” né di principi di giustizia né di valutazioni in termini di equità<sup>6</sup> “per giudicare dell’ammissibilità o della desiderabilità di un comportamento se ne conoscessimo tutte le conseguenze” (HAYEK, *op. cit.*, p. 702).