

COMUNICAZIONE ESISTENZIALE E DIRITTO

LUIGI BAGOLINI,
professore nell'Università di Bologna,
Italia.

SOMMARIO. 1. Comunicazione informativa e linguaggio. Comunicazione esistenziale. Difficoltà inerenti a un punto di vista di Jaspers Proposta di una nozione di comunicazione giuridica. 2. Due opposti dogmatismi in contrasto con la cosiddetta esperienza giuridica: l'assolutizzazione del consenso e l'assolutizzazione del dissenso e del conflitto. 3. Esigenza comunicativa e "volentà di dominio". Diritto e politica. 4. Condizione di possibilità del diritto come comunicazione. Ideologie. 5. Il problema della comunicazione al di là del diritto. Il mistero e l' "assolutamente imprevedibile". Accenno a una eventuale possibile "integrazione critica" modificatrice della "libertà" kantianamente intesa.

1. Comunicazione (in un significato della parola abbastanza comune) implica relazioni fra soggetti.¹ Esempio: io dico che una cosa esiste perché l'ho saputa da altri. Credo nell'esistenza di una cosa perché "l'ho vista io oppure l'ho appresa da coloro che l'hanno vista" (come Kant stesso diceva nell'*Unico argomento possibile per una dimostrazione dell'esistenza di Dio*).² Inoltre credo che il mio aver visto una cosa non sia mera e vana illusione perché credo che altri nelle mie stesse condizioni di osservatore l'avrebbero vista.

Si parla di comunicazione informativa e di comunicazione simbolica; anche fra gli animali è realizzabile una comunicazione informativa.

Il cervello degli animali è senz'altro in grado non solo di registrare informazioni, ma anche di associarle e trasformarle e di restituire il risultato di tali operazioni sotto forma di una prestazione individuale, ma non (e questo è il punto fondamentale) in una forma che consenta di comunicare a un altro individuo un'associazione o una trasformazione originale e personale.

Ciò avviene invece mediante il linguaggio umano, come "linguaggio simbolico",

il quale, per definizione, si può dire nato il giorno in cui certe combinazioni

¹ Fra le varie opere di L. Recaséns Siches rimando qui alle acute e limpide osservazioni dell'autore nelle pp. 119 ss., del suo *Tratado de filosofía del derecho* (México, 1939).

² Kant, *Der einzig mögliche Beweisgrund zu einer Demonstration des Daseins Gottes*, Werke, II, Berlin, 1912, p. 73; nella traduz. it. degli *Scritti minori* di Kant a cura di P. Carabellese, Bari, 1923, p. 38.

creatrici e associazioni *nuove*, realizzate in un determinato individuo, hanno potuto essere trasmesse ad altri individui, senza più perire con lui.³

Dalla comunicazione informativa e dalla comunicazione simbolica si distingue la comunicazione esistenziale secondo coloro che oggi parlano della comunicazione esistenziale dicendo che nella “comunicazione esistenziale il sé cerca di cogliere l’altro come sé” (“Selbst als Selbst”).⁴

C’è inoltre —secondo alcuni autori e come io penso— una specie di comunicazione che non è esclusivamente riducibile in termini di comunicazione informativa né di comunicazione simbolica né di comunicazione esistenziale: si tratta della comunicazione giuridica. A differenza della comunicazione esistenziale nella comunicazione giuridica sul rapporto con l’ “altro” come “sé”, e come “Selbstsein” prevale, credo, il rapporto con l’ “altro” come “Alsein”.⁵ Cioè, l’ “altro” si rivela all’ “io” come “homme situé”,⁶ si rivela attraverso un ruolo o qualifica; vale a dire, l’ “altro” è in comunicazione con “me” o come lavoratore o come locatore o come professionista o funzionario o padre o figlio, ecc., ecc. Ora, proprio allo scopo di mettere in evidenza (sia pure per via di contrasto) il carattere comunicativo *sui generis* dell’esperienza giuridica rispetto alla cosiddetta comunicazione esistenziale, mi riferisco a Jaspers.

Porsi nell’ambito della comunicazione esistenziale —dice Jaspers— amare gli altri in comunicazione esistenziale, realizzare insieme agli altri se stesso: esplicazione o dispiegamento massimo dell’ “io” attraverso il “noi”, superamento di ogni dissenso fra l’ “io” e gli altri in uno sforzo comune in cui si esprima il consenso e la fraternità degli uni e degli altri, autentica realizzazione di sé come “Selbstsein” contro quella inautenticità e dispersione che dipende

³ J. Monod, *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Paris, 1970, pp. 144-145, traduz. it. *Il caso e la necessità. Saggio sulla filosofia naturale della biologia contemporanea*, Milano, 1970, pp. 106-107.

⁴ Cfr. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* nella traduz. it. con prefazione di M. Dal Pra, Milano, 1971, p. 172: *Coscienze (comunicazione delle)*.

⁵ Questa parola è usata, come è noto, da W. Maihofer, ad esempio, in *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt a. M., 1954, pp. 114 ss. Tuttavia credo ci sia differenza fra il mio modo di vedere come risulta qui da ciò che segue e il punto di vista di Maihofer. Precisamente, secondo Maihofer “Die Existenzphilosophie versteht menschliches Dasein als *Selbstsein*”. “Nachstehende Studien führen auf ein zweites, gleichursprünglich die Seinsstruktur allen Menschseins bestimmendes Existential: das *Alsein*. Mit dem Gedanken: *Dasein in der Welt ist Selbstsein im Alsein*, gelangt die Phänomenologie in eine neue Welt, die Welt der *Ordnung*, auch des Rechts” (*op. cit.*, p. 7).

⁶ “... l’homme concret, défini non par son essence ou par sa parenté avec un type idéal, mais par les particularités qu’il doit à la situation contingente où il se trouve placé” ... “c’est l’homme situé; c’est celui que nous rencontrons dans les relations de la vie quotidienne, tel que le caractérisent sa profession, son mode et ses moyens de vivre, ses goûts, ses besoins, les chances qui s’offrent à lui” (G. Burdeau, *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, 1966, p. 19).

dall'imperfezione dell'uomo, tutto ciò è al vertice delle possibilità umane ed è ciò che si deve cercare di fare.⁷ Ma non si tratta forse di mera utopia?

Jaspers stesso si pone questo interrogativo e considera le obiezioni di coloro i quali dicono che essendo gli uomini dominati dalle loro passioni e dai loro egoismi, l'ordine può essere garantito soltanto da convenzioni, da leggi e da sanzioni (anche se spesso dissimulanti bassezze e appetiti sfrenati).⁸ Ora da siffatte obiezioni e dalla critica di utopismo Jaspers si differende principalmente sulla base dei due seguenti argomenti: 1) "Gli uomini" —in certo senso— "non sono" *tout court* "come essi sono". L'uomo è rispetto a se stesso un compito da realizzare; 2) la comunicazione è così essenziale all'essere umano che senz'altro deve essere sempre possibile.

Tuttavia, secondo me, argomenti come questi non sono validi per dimostrare ciò che con essi Jaspers avrebbe voluto dimostrare. Infatti dire che 1) l'uomo è rispetto a se stesso un compito da realizzare non equivale a dire che egli effettivamente possa o voglia attuare tale compito. 2) Jaspers afferma ma non dimostra: non dimostra che sia realizzabile ciò che egli afferma come essenziale. Che la comunicazione sia essenziale all'essere umano non significa che sia senz'altro attuabile. Quanto più la comunicazione è da Jaspers prospettata "senza riserve" ("*restlose Kommunikation*", "*restlose Kommunikationsbereitschaft*")⁹ tanto più sembra coincidere con una comunione da intendere come fusione "spirituale" e affettiva.¹⁰ Senonché, di fronte alla forza incalzante delle umane passioni, della volontà di dominio e di potere, alle rivalità, ai conflitti di interessi, e a tutto il resto, tale comunione appare come un ideale nobile ma alquanto illusorio per ciò che riguarda la sua attuazione. Non sarebbe una comunione illusoria quella che si costituisse attraverso il "pregare insieme" degli uomini. Ma i tempi, secondo Jaspers, sono mutati ed egli dice che non ci si può più appellare a una comunione che si attui nel "pregare insieme".¹¹ Alla fede religiosa Jaspers vuole sostituire una fede filosofica. Tuttavia non mi pare che la fede filosofica salvi tale comunicazione "senze riserve" dall'utopia che Jaspers appunto vuole evitare.

2. Prescindo qui, per i limiti posti al presente discorso, dal senso o dai vari sensi che la parola "comunicazione" possa esprimere in riferimento a una esperienza religiosa escatologica irriducibile e inesauribile in termini di scienza, di sapienza o di filosofia: una esperienza religiosa intesa in tutti i suoi elementi rilevabili dal Nuovo Testamento (rivelazione, grazia, "conversione dei cuori", "abitare nel mondo ma non essere nel mondo", "cercare anzitutto il Regno di Dio prima di ogni altra considerazione dei beni materiali")

⁷ Vedi specialmente di K. Jaspers: *Die Vernunft wird zum grenzenlosen Kommunikationswillen*, nel libro *Der philosophische Glaube*, München, 1948, pp. 156-158.

⁸ Jaspers, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁹ Jaspers, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰ Vedi, ad esempio, di N. Berdiaeff, *Cinq méditations sur l'existence*, Paris, 1936, pp. 37 ss., 82 ss., 125 ss. e, per la nozione di "persona", *Das Schicksal des Menschen in unserer Zeit*, Luzern, Bern, 1935, p. 58.

¹¹ Jaspers, *op. cit.*, p. 156.

“nonostante la necessità assoluta di lavorare nel mondo e per il mondo”, come dice, ad esempio, Oscar Cullmann). A prescindere dunque dall’esperienza religiosa e d’altronde non accettando quella che, secondo me, resta l’utopia di Jaspers, ritorno a considerare la possibilità di una comunicazione giuridica.

E’ possibile, a mio avviso, parlare di comunicazione giuridica fra individui (o, come si dice, fra l’ “io” e l’ “altro”) in quanto si riesca a dimostrare che in essa sono implicati sia dissensi e conflitti sia l’esigenza di impedire la totalizzazione del dissenso e del conflitto. Per cui da un lato l’assolutizzazione ed esclusivizzazione del consenso, d’altro lato, l’assolutizzazione ed esclusivizzazione del dissenso sono in contrasto con la possibilità di pensare a una concretezza comunicativa del diritto (intesa la parola “diritto” in un suo ampio significato d’uso comune).

Mi riferisco subito a un tipo di assolutizzazione ed esclusivizzazione del consenso che, secondo me, equivale alla fin fine a un atteggiamento anticomunicativo. Il modello in cui si esprime una concezione consensualistica del diritto può essere offerto da una concezione giuridica che trova il suo aggancio in una epistemologia empiristica. Secondo Hume, ad esempio, non ci può essere società senza certe regole giuridiche fondamentali. Come si costituiscono tali regole? Si costituiscono così come si forma il linguaggio e così come l’oro e l’argento sono diventati comuni misure di scambio.¹²

Il paragone col linguaggio è molto importante. Gli uomini a poco a poco convengono insieme spontaneamente nel modificare e limitare i loro interessi presenti per poterli soddisfare anche nel futuro (in un futuro più o meno prossimo). In questo modo sorgono principii e regole giuridiche fondamentali che non derivano da promesse né da contratti. Hume distingue fra convenzioni e promesse, fra convenzioni e contratti: nella formazione dei principii e delle regole giuridiche fondamentali c’è convenzione (“convention”) e consenso (“agreement or convention”) ma non c’è promessa né contratto intesi in senso specifico. La formazione delle regole giuridiche fondamentali può essere paragonata, secondo gli esempi fatti da Hume, con l’ “agire di due uomini che sospingono una barca a forza di remi” “sebbene essi non si siano data alcuna promessa reciproca”; può essere pure paragonata con ciò per cui le lingue si costituiscono gradualmente, per convenzione, senza che intervengano promesse e senza contratti (“... In like manner are languages gradually established by human conventions without any promise...”).¹³ La stipulazione di un contratto può presupporre situazioni di disaccordo da superare. Invece dalla formazione spontanea e convenzionale (in senso humeano) delle regole giuridiche fondamentali è escluso il disaccordo.

¹² D. Hume, *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, III, London, 1740, II, 2, nella ediz. di L. A. Selby-Bigge, Oxford (1888), 1946, p. 490. Cfr. il mio *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di D. Hume*,² Torino (edit. Giappichelli), 1967, pp. 25 ss.

¹³ Hume, *op. cit.*, *loc. cit.*

Si può anche dire che dal punto di vista humaneo le regole giuridiche “sono” “nel vero interesse” di “ciascun individuo”. Il diritto è un “vero” interesse dell’uomo socialmente “situato”. Il che corrisponde alla grande fiducia, dal punto di vista di una “epistemologia empiristica”, nella umana “capacità di apprendere la verità intorno alla” cosiddetta “natura”.¹⁴ Perciò, secondo Hume, l’azione antiggiuridica è quella che nasce da una inclinazione — o da una spontaneità appetitiva — incontrollata o da una volontà contrastante col diritto inteso quale interesse riconoscibile come “vero” e valutabile come virtuoso. Nel diritto, e nella sua stessa genesi psicologica, non c’è insomma dissenso né disaccordo né conflitto bensì spontaneo consenso e armonia in atto. Il dissenso e il disaccordo non possono neppure entrare nella attuazione della conoscenza giuridica che è conoscenza rivelatrice dei “veri” interessi umani. Il dissenso è al di là della conoscenza giuridica ed è al di là del diritto.

Sembra pertanto facile arrivare alla conclusione per cui, dal punto di vista di una epistemologia empiristica, “se due persone si trovano in disaccordo almeno una delle due deve essere la vittima diretta o indiretta” dell’istinto incontrollato o “del deliberato inganno di qualcun’altra o di se stessa”.¹⁵ È il “deliberato inganno” potrebbe in certi casi implicare una ideologia. A prescindere dalla terminologia humanea uso qui la parola “ideologia” nel suo senso peggiorativo di inganno o anche di autoinganno, come è usata, ad esempio, da Kelsen.¹⁶ Il diritto è vagheggiato da Hume in una sfera di purezza incontaminata tutta fatta di consenso e di armonia e il dissenso è in certo qual modo assolutizzato al di fuori della “verità” del diritto.

Hume che aveva criticato un tipo di giusnaturalismo astratto, che aveva insistito sulla impossibilità di considerare le regole giuridiche come assiomi assoluti razionalmente autoevidenti (a proposito, ad esempio, del fondamento della obbligatorietà delle promesse), che aveva ridotto il diritto al “vero” interesse individuale — quello che, come dicevo, si realizza modificandosi in vista della possibilità della sua stessa realizzazione futura (più o meno prossima) — finisce in fondo con l’universalizzare e assolutizzare questo interesse individuale prospettandolo e teorizzandolo al di là di ogni concreto dissenso e conflitto sociale.

La teoria giuridica del cosiddetto empirismo humaneo può dunque apparire oggi per l’appunto come una ideologia conservatrice suscettibile di mascherare

¹⁴ Hume, *Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals* nella ediz. di L. A. Selby-Bigge, Oxford, 1936, p. 280. Vedi J. W. N. Watkins, *Epistemology and Politics*, in “Proceedings of the Aristotelian Society”. (Containing the Papers read before the Society during the Seventy-ninth Session, 1957-1958), London, 1958, p. 94; traduz. it. rivista dall’autore: *Epistemologia e politica* nel vol. collettivo *Le implicazioni politiche della scienza*, a cura di R. Campa, Roma, 1969, p. 223.

¹⁵ Watkins, *op. cit.*, p. 95; traduz. it. *cit.*, p. 224.

¹⁶ Vedi, ad esempio, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*,² Cambridge, Massachusetts, 1946, p. 8; traduz. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1952, p. 8. Per un esame critico di vari significati d’uso della parola “ideologia” vedi i miei *Mito, potere e dialogo*,² Torino (edit. Giappichelli), 1973, pp. 59 ss. e *Filosofia del lavoro*,² Milano (edit. Giuffrè), 1973, pp. 19 ss.

nella forma illusoria di un consenso unanime interessi costituiti e di garantirne il privilegio contro nuovi interessi emergenti dall'ambiente sociale. Ed ecco che come ideologia conservatrice l'empirismo (anche per certi suoi aspetti implicati in alcune manifestazioni di cosiddetto neoempirismo contemporaneo) può costituire per via di antitesi la giustificazione di una ideologia ad esso contraria. Si pensi, a quest'ultimo proposito, a coloro che negano la concretezza del diritto, che considerano il diritto epifenomeno, o sovrastruttura o pseudoconcetto o ideologia borghese conservatrice, a coloro che dicono che la concretezza della storia è il conflitto e la lotta, che il diritto è un modo di essere nell'ambito del conflitto, una specie di strumento e di meccanismo puramente tecnico, contingente, e non una esigenza autonoma e irriducibile —rispetto ad altre esigenze— della natura umana (e in questo contesto mi sia lecito usare l'espressione "natura umana" in termini di linguaggio ordinario a prescindere dalla discussione di certi atteggiamenti critici che pongono sotto accusa tale espressione). Anche la negazione del cosiddetto diritto borghese in termini di lotta di classe può essere concepita come tale da implicare la critica di quella concezione del diritto come consenso che trova nel pensiero di Hume un esempio significativo.

Così, in definitiva, alla assolutizzazione del consenso viene in certo senso —ripeto— a contrapporsi l'assolutizzazione del dissenso. Come esempio di questa seconda assolutizzazione scelgo qui ora quella interpretazione del marxismo-leninismo che è data da Althusser. All'ideale borghese e consensualistico del diritto Althusser contrappone una concezione del diritto come epifenomeno connessa a una visione della storia come radicale dissenso che si determina nella lotta di classe.¹⁷ L'uomo —e qui sta la peculiarità del punto di vista di Althusser— non è il motore della storia e neppure il Fine della storia; il motore della storia è la lotta di classe.

Siamo con ciò arrivati a un limite estremo in cui la critica del diritto sembra essere associata con la critica di un certo umanesimo antropocentrico che è ancora tale in quanto l'uomo sia pensato come creatore e come Fine della storia. E invece la storia, dice letteralmente Althusser, è

proprio un "processo senza Soggetto né Fine(i)" le cui *circostanze* date, nelle quali "gli uomini" agiscono da soggetti sotto la determinazione di rapporti sociali, sono il prodotto della *lotta di classe*. La storia non ha dunque nel senso *filosofico*¹⁸ della parola un Soggetto ma un *motore*: la lotta delle classi.¹⁹

Così appunto conclude Althusser.

Ma questa conclusione, peraltro chiara e conseguente rispetto alle sue premesse, sembra paradossalmente distruggere se stessa attraverso la sua

¹⁷ L. Althusser, *Réponse à J. Lewis*, Paris, 1973, pp. 30 ss., 76-77, 81-82; traduz. it. *Umanesimo e stalinismo*, Bari, 1973, pp. 37 ss., 100-101, 108-109.

¹⁸ Nel testo citato la parola *filosofico* non è in corsivo.

¹⁹ Althusser, *op. cit.*, p. 98; traduz. *it. cit.*, p. 135.

stessa formulazione. E infatti quale è, io mi chiedo, il significato che Althusser attribuisce al suo discorso? Risposta che mi sembra plausibile e perfettamente corrispondente alla lettera del testo qui riportato: egli attribuisce al suo discorso un significato filosofico. E un discorso filosofico, secondo Althusser, in contrasto con l'epistemologia empiristica, è e deve essere un discorso politico.²⁰

A sua volta un discorso politico per essere significante e utile deve in qualche modo servire alle scelte concrete che si determinano nelle azioni umane. Ebbene, il dire che la storia è esclusivamente lotta di classe, lotta fra proletariato e borghesia, in che cosa può essere utile all'uomo? Secondo me (sempre stando al nocciolo del marxismo-leninismo interpretato da Althusser) l'utilità consiste ovviamente nel persuadere gli uomini a lottare per il proletariato contro la borghesia. Senonché a questo punto si profila una feroce alternativa: o la storia è *necessariamente e soltanto* lotta di classe, al che consegue che la lotta per il proletariato è una lotta senza speranza di vittoria, una fatica di Sisifo, oppure il proletariato vincerà definitivamente e sulla cresta d'onda di questa vittoria la storia cesserà di essere lotta di classe. Fra parentesi, l'estremo ricorso a una dialettica di negazione e a una negazione della negazione, come ne parla, ad esempio, Havemann,²¹ sembra concluso da una precisa posizione presa da Althusser.²²

3. In definitiva, alla inconsistenza di una concezione empiristica per cui la formazione del diritto è considerata alla stregua di un consenso che esclude il dissenso, nella maniera che qui ho creduto di potere porre in evidenza, si contrappone una negazione della autonomia e naturalità di ogni esigenza giuridica, del diritto come vera e propria struttura, in una paradossale visione della storia il cui motore non è l'uomo ma la lotta di classe. A quella che per i marxisti è l'ideologia borghese si contrappone quella che per i non-marxisti è l'ideologia marxista.

Per chi *creda* invece alla autonoma concretezza dell'esperienza giuridica come corrispettiva a una esigenza irriducibile della natura umana si tratta di evitare sia l'assolutizzazione del consenso di tipo humeano (per esprimerci brevemente) sia l'assolutizzazione del dissenso in termini di lotta di classe. Il fatto di potere evitare l'una e l'altra di queste due assolutizzazioni rende a sua volta plausibile il credere al diritto come possibilità di comunicazione nel dissenso e nel contrasto.

A livello di tale credenza è anzitutto necessario contrapporsi criticamente a ogni concezione formalistica in cui l'ordinamento giuridico sia in un modo o nell'altro presupposto e contemplato in se stesso indipendentemente dalla incidenza in esso di contrasti e conflitti di interessi oggi più che mai rilevanti in una società che intensamente si manifesta come "changing society".²³

²⁰ Althusser, *op. cit.*, pp. 52-53; *traduz. it. cit.*, p. 41.

²¹ R. Havemann, *Dialektik ohne Dogma? Naturwissenschaft und Weltanschauung*, Hamburg, 1965 e in proposito il mio libro *Filosofia del lavoro*, cit., pp. 35-38.

²² Althusser, *op. cit.*, p. 54; *traduz. it. cit.*, pp. 69-70.

²³ Cfr. W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, London, 1959.

Di questa incidenza positiva del conflitto nell'ambito stesso dell'ordinamento giuridico uno dei giuristi più consapevoli è stato indubbiamente Heck. La sua dottrina non investe soltanto, come spesso si crede, il problema dell'interpretazione giuridica, ma riguarda, oltre che l'interpretazione della legge, la consistenza stessa della legge e dell'ordinamento giuridico. Heck infatti diceva che oltre ad un lato precettistico e imperativo c'è nel diritto, nel suo senso più ampio, una "Interessenseite". L'ordinamento giuridico è un ordinamento di interessi. Le leggi sono decisioni di conflitti di interessi:

Auch die Rechtsgeschäfte gehen auf Abgrenzung der Interessen. Die subjektiven Rechte sind Gebilde des Interessenschutzes.²⁴

In definitiva dissensi e conflitti di interessi fanno parte del nucleo stesso e non soltanto della penombra marginale del cosiddetto fenomeno giuridico. Ad esempio le posizioni rispettive del debitore e del creditore "fanno sorgere subito l'idea che la norma giuridica sia chiamata", per così dire, "a risolvere un conflitto di interessi".²⁵ Conflitto e soluzione di conflitto. La soluzione riceve il suo senso dal conflitto. Ciò non significa che la soluzione non possa e non debba ispirarsi a principii, a valori, a ideali, ecc., distinti dagli interessi in conflitto, significa soltanto che, pur ispirandosi a principii, valori, ideali, ecc., ogni soluzione non è in se stessa pensabile indipendentemente dai conflitti di cui è soluzione. Inoltre la soluzione del conflitto per opera della legge non segna la fine del dissenso che alimenta a tutti i livelli la comunicazione giuridica.

Dalla soluzione legislativa possono sorgere nuovi dissensi in sede di applicazione della legge e di decisione del giudice. Ciò può avvenire quando, nell'ambito della conoscenza della legge, alla scelta del giudice siano offerte varie possibilità di decisione di un caso concreto. Cosicché un giudice potrà dissentire dalla decisione di un giudice precedente. Ci si riferisca pure a un sistema in cui una sentenza precedente abbia per un giudice validità di legge. Anche qui si apre il problema dei dissensi riguardanti le diverse decisioni che la conoscenza della legge offre alla scelta del giudice. Coloro che nei casi marginali e più suscettibili di diverse e contrastanti decisioni si appellano al normale comportamento dei giudici come a una oggettività del giudicare sottratta al dissenso cadono in una mera illusione che deriva dalla assolutizzazione di un presunto consenso e non tengono calcolo di quei fenomeni di crisi della cosiddetta normalità in cui le opinioni dei giudici sono fra loro divise in maniera tanto più rilevante quanto più è rilevante il cambiamento delle situazioni sociali.

Con questi e altri argomenti si potrebbe portare ancora più avanti la considerazione della positività del conflitto e del dissenso nella comunicazione

²⁴ Ph. Heck, *Die Neue Methodenlehre Muller-Erzbachs*, in "Archiv für die civilistische Praxis", 1935, p. 270.

²⁵ Vedi G. Bettiol, *Diritto penale*, Palermo, 1962, p. 61.

giuridica. Ma c'è un limite che si impone a ogni considerazione critica, un limite del conflitto e del dissenso che è costituito dalla condizione di possibilità della stessa comunicazione giuridica. Credo che questa condizione di possibilità possa in generale essere contraddistinta dalla parola "fiducia". La comunicazione giuridica è un dissenso con fiducia: ²⁶ fiducia di potere contare sul comportamento altrui, perché il dissenso e il conflitto non rendano impossibile la convivenza sociale come coesistenza comunicativa, fiducia sul fatto di non essere, almeno entro certi limiti e in certi gradi, danneggiato da altri, fiducia sull'attuarsi di certi comportamenti altrui corrispondenti a certe nostre aspettative.

L'esigenza naturale di questa fiducia come fondamento di comunicazione non è riducibile in termini di potere politico né di volontà di dominio. Secondo Jaspers, dove non si può amare in comunicazione esistenziale c'è volontà di dominio.²⁷ Secondo me invece fra l'amore e la volontà di dominio c'è il diritto che è tale in quanto in sé e per sé non è riducibile né ad amore né a volontà di dominio. A questo proposito resta valido, ad esempio, il pensiero di Hume a prescindere da ogni critica che di esso per altri aspetti si possa (e ho creduto di potere) fare. Hume aveva chiaramente dimostrato che il potere politico presuppone il diritto, e non viceversa, ed era arrivato, ad esempio, alla seguente conclusione: "Sebbene sia possibile agli uomini far vivere una società senza governo, è tuttavia impossibile che una società viva senza giustizia e senza il rispetto" di certe leggi.²⁸

Cioè, ripeto, la volontà di dominio non è la base costitutiva del diritto. Quando non sia sottomessa al principio della fiducia la volontà di dominio di per se stessa può anzi contrastare con la comunicazione giuridica ed essere arbitraria e imprevedibile nei suoi effetti. Quanto più la volontà di un individuo si determina come volontà di dominio tanto più si pone come contraria a una volontà di concreta comunicazione.

4. Perché sia pensabile una convivenza comunicativa pur nell'ambito di dissensi e di conflitti latenti nella vita sociale o da essa emergenti in maniera scoperta, bisogna che in qualche modo i rapporti individuali siano pensabili su di un piano di eguaglianza. Deve ammettersi una certa eguaglianza che è più naturale e più profonda rispetto alle diseguaglianze di dominatori e dominati: una eguaglianza derivante dal riconoscimento di una intrinseca omogeneità degli "altri" rispetto all' "io".²⁹

A mio avviso il dissenso e il conflitto non escludono tale omogeneità ma la

²⁶ Cfr. Watkins, *op. cit.*, p. 88; *traduz. it. cit.*, p. 217.

²⁷ Jaspers, *Philosophie, II, Existenzzerhellung*, Berlin, 1932, p. 364. Cfr. anche Jaspers, *Die geistige Situation der Zeit* (1931), Berlin, 1965, pp. 83 ss.

²⁸ Hume, *Treatise*, cit., III, II, 8, ediz. cit., p. 541; *traduz. it. Hume, Opere*, I, Bari, 1971, p. 573.

²⁹ "... En una teoría completa sobre lo social, se debería tratar a continuación otros dos puntos, que constituyen el supuesto de la explicada actitud del hombre ante el hombre: el hecho de que la vida humana es inteligible, comprensible; y la percepción del yo ajeno, como un yo homogéneo al mío..." (Recaséns Siches, *Tratado cit.*, p. 122).

implicano come condizione trascendentale e cioè come condizione di possibilità della comunicazione nel dissenso e nel conflitto. Tuttavia l'ammissione di questa trascendentalità ha bisogno di essere difesa contro lo scetticismo. Hermann Broch dice che "dopo duemila anni di educazione cristiana la mente umana è oggi preparata ad accettare l'autoevidenza dell' io", "the self-evidence of the ego".³⁰ Qualcuno potrebbe essere portato ad aggiungere a questa osservazione di Broch che l'autoevidenza dell' "io" implica in qualche modo l'autoevidenza di una intrinseca omogeneità ed eguaglianza fra l' "io" e gli "altri". Senonché affidandosi all'autoevidenza immediata si rinuncia al trascendentale cioè alla condizione di possibilità dell'autoevidenza stessa.

La storia del costituirsi nella mente umana dell'autoevidenza dell' "io" a cui si riferisce Broch, potrebbe non essere altro che la storia del costituirsi di una illusione derivata da un tipo di educazione suscettibile di essere contrastato da altri eventuali tipi di educazione. E anche ammessa l'autoevidenza dell' "io" non è certo che essa implichi l'autoevidenza di una intrinseca omogeneità ed eguaglianza fra l' "io" e gli "altri". Anzi in termini di evidenza immediata sembra che l'ineguaglianza —e non l'eguaglianza— sia immediatamente evidente.

Sembra —secondo una frase di Radbruch ad esempio— che l'eguaglianza sia sempre soltanto di volta in volta risultato di astrazioni operate da determinati punti di vista sulle diseguaglianze naturali degli uomini e delle cose.³¹ Così ragionando si verrebbe a escludere ogni fondamento trascendentale dell'eguaglianza: l'eguaglianza sarebbe soltanto un'astrazione convenzionale e si dovrebbe dire che le convenzioni sono tante quanti sono i punti di vista da cui si parte. Non ci sarebbe più intrinseca eguaglianza fra l' "io" e gli "altri" come condizione di possibilità di una fiducia comunicativa suscettibile di realizzarsi nei dissensi e nei contrasti. Non si potrebbe più parlare di diritto come comunicazione concreta ma soltanto del diritto come convenzione. Ci sarebbe soltanto convenzione e non più trascendentalità giuridica. Si potrà parlare soltanto di eguaglianza rispetto a certi elementi relativi e mutevoli (offerta dalla vita e dall'esperienza quotidiana) che siano isolati dagli altri e presi come punti di riferimento. Si tratterà di quei punti di riferimento che si abbia di volta in volta interesse di assumere.

Di conseguenza nel contrasto degli interessi e delle ideologie che agitano il mondo l'eguaglianza verrebbe esclusivamente a dipendere da ideologie e da interessi assunti per l'appunto di volta in volta come criteri fondamentali. Ogni ordinamento giuridico si ridurrebbe alla ideologia usata dal più forte a giustificazione del suo potere e a quella illusione ingannevole che il più forte trovi comodo e conveniente concedere al più debole per poterlo meglio dominare. Anche l'idea di una comunicazione giuridica non sarebbe dunque altro che inganno volto a mascherare l'antitesi radicale di dominatori e dominati.

³⁰ H. Broch, *Erkennen und Handeln, Essays, II*, Zürich, 1955, p. 277; traduz. it. *Azione e conoscenza*, Milano, pp. 316-317.

³¹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*,⁴ a cura di E. Wolf, Stuttgart, 1950, p. 168.

Fra parentesi, l'eteroinganno dei dominatori nei confronti dei dominati potrebbe alla fin fine ritorcersi in autoinganno nei confronti dei dominatori (e non importa qui ripetere il noto argomento per cui —presupposta la radicale antitesi dialettica di padrone e servo— il padrone è suscettibile di divenire, egli stesso, servo del suo servo).

In conclusione, ridotta l'eguaglianza a pura astrazione convenzionale, si arriva conseguentemente alla riduzione del diritto a ideologia e alla negazione del carattere comunicativo del diritto nel senso a cui mi sono riferito. A chi non voglia o non possa accettare come plausibile tale conclusione si pone il problema di un fondamento unico e assoluto dell'eguaglianza che oltrepassi la relatività e la molteplicità di quei punti di vista rispetto a ciascuno dei quali, ripeto, l'eguaglianza è pur sempre di volta in volta un'astrazione operata sulle diseguaglianze.

Ebbene, sia dal punto di vista biologico sia dal punto di vista storico un fondamento assoluto dell'eguaglianza sembra impossibile. Se si esclude un principio inesauribile rispetto alla realtà umana storicamente e biologicamente considerata, se si pensa che tutto l'essere sia l'essere conosciuto o comunque conoscibile e che nulla trascenda le possibilità umane teoriche e pratiche, sia pure intese nella loro più ampia complessità, allora non si può neanche parlare di intrinseca ed assoluta eguaglianza. Per poterne parlare bisogna appunto postulare un mistero trascendente intimamente implicito in ogni possibilità umana e in quanto tale inesauribile (e perciò appunto trascendente) rispetto ad ogni sua umana esplicazione teorica e pratica. Soltanto rispetto al mistero che è implicito in ciascuno di noi ciascuno di noi è assolutamente eguale agli altri.

Si arriva dunque alla seguente alternativa fra i cui termini si tratta di scegliere —una scelta oltremodo pesante—: o esclusiva riduzione del diritto alla forza di attuazione della volontà di dominio oppure postulazione di un principio rispetto a cui siamo tutti assolutamente eguali, di un principio trascendente assoluto misterioso di per sé irriducibile a conoscenza umana, inesauribile in termini sia di realtà biologica sia di realtà storica. Solo in virtù di tale postulazione sembra plausibile una omogeneità trascendentale di ognuno rispetto agli altri. Si tratta di omogeneità che, per essere trascendentale, implica per l'appunto il trascendente e che rende possibile la comunicazione contro l'assolutizzazione dell'antitesi e della lotta fra dominatori e dominati, contro l'assolutizzazione dell'antitesi e della lotta fra presunti "Söhne des Lichtes" e presunti "Söhne der Finsternis",³² fra figli della luce e figli delle tenebre.

In definitiva la postulazione della trascendenza rende pensabile la comunicazione giuridica quale può realizzarsi attraverso il costituirsi di una certa fiducia nell'ambito del dissenso e del conflitto. La fiducia su certi comportamenti altrui è resa possibile da ciò per cui l'eterogeneità di "io" e di "altri",

³² Cfr. E. Topitsch, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied/Rhein, Berlin, 1966, 2° p. 51.

inerente alla loro stessa distinzione, non esclude una loro omogeneità intrinseca e quindi una loro eguaglianza rispetto alla trascendenza come mistero.

Per chi non sia animato da una fede religiosa escatologica, la postulazione della trascendenza potrà corrispondere a una ipotesi determinata dalla esigenza di contrapporre la comunicazione giuridica in tutta la sua complessità a ogni semplicistica riduzione del diritto in termini di forza o di potere politico (o anche di sovrastruttura comunque intesa). Invece per chi sia animato da esigenze religiose escatologiche una concezione del diritto come comunicazione potrà essere conseguenza coerente di una necessità implicata nella sua stessa fede.

5. Seguendo il filo del presente discorso appare alla fine chiaro —io credo— che la condizione di possibilità della comunicazione giuridica oltrepassa, per così dire, ogni limite della sfera giuridica comunque intesa e investe questioni riguardanti qualunque comunicazione umana nei cui risultati si esprima accordo e consenso fra i soggetti comunicanti.

Sulla base dell'ipotesi qui prospettata il mistero non è una "cosa in sé" pensabile come oggettività che stia, per così dire, di fronte al pensiero. Lo stesso pensiero umano è infatti processo comunicativo come condizione di determinazione di qualsiasi oggetto e di qualsiasi cosa. Gli oggetti risultano dalla comunicazione. Io ho coscienza di ciò per cui altri possano accordarsi con me, ad esempio, nella definizione di un oggetto o nella determinazione delle sue caratteristiche, ecc. Un oggetto si rivela reale e non illusorio in virtù di tale possibilità di accordo comunicativo da cui esso risulta³³ cioè in virtù di una possibilità di comunicazione fra soggetti indipendentemente dalla quale di un oggetto non si potrebbe dire nulla. Da questo punto di vista appunto l'idea di oggettività è condizionata da un processo comunicativo di cui la trascendenza come mistero è (per le ragioni già accennate) l'intrinseco e implicito presupposto in sé e per sé non oggettivabile. Dire poi che il mistero è in sé l'irrazionale non ha senso. Anche le nozioni di "razionale" e di "irrazionale" sono risultati del linguaggio simbolico come comunicazione umana ai quali l'implicita inesauribilità del mistero non è ridicibile.

Sembra pertanto plausibile —ripeto ancora—, parlare del mistero proprio come implicito ma inesauribile rispetto alle sue umane e comunicative *espli-*

³³ Schematicamente parlando l'oggettività si rivela alla coscienza come risultato di una intersubiettività. A ciò si oppongono due tendenze opposte ed entrambe erranee: 1) l'oggettivazione del soggetto, dell' "altro", dell'uomo, "la tendance à réifier les autres", à "manier les gens comme des objets"; e, viceversa, 2) la soggettivazione, l' "alterificazione", la personalizzazione delle cose, cioè l'idolatria. A questi due errori si contrappone una consapevolezza critica del processo comunicativo. Ma per acquisire questa consapevolezza critica è forse proprio necessaria una previa fenomenologia di tali due tendenze erranee, considerate nel loro costituirsi e nella vastità delle loro conseguenze oggi. Proprio a questo fine è importante la brillante e acuta indagine di V. Flüsser: *La force du quotidien* (collection "Médium", Maison Mame), 1973, p. 138. Vedi la prefazione a questo libro di A. A. Moles ((pp. 7-14) e l'introduzione dello stesso Flüsser ((pp. 17-24) per ciò che riguarda il carattere della sua ricerca rispetto alla *Théorie des objets*, (Paris, 1972) di Moles.

cazioni (e rispetto a eventi e ad accadimenti prevedibili e imprevedibili). In rapporto a tali *esplicazioni* potrebbe forse essere riproposta l'esigenza kantiana di una libertà che si realizzi nell'impegno morale e nel rispetto degli altri. Ma qui, a differenza di Kant,³⁴ la libertà non esige soltanto uno sforzo di realizzazione ma anche un atteggiamento di "Offenheit für das Geheimnis" e di "Gelassenheit zu den Dingen".³⁵ C'è nella libertà uno sforzo di realizzazione ma c'è anche un lasciare che il mistero si espliciti (pur restando in sé e per sé inesauribile) attraverso quella che, secondo alcuni scienziati più avanzati, è oggi considerata, a livello biofisico, la "essenziale" imprevedibilità degli eventi naturali e degli accadimenti umani: c'è lo sforzo di dare senso alla vita e c'è un lasciarsi vivere e un atteggiamento di accettazione e di apertura nei confronti della possibilità di eventi e di accadimenti "assolutamente nuovi".³⁶ Nella reciproca implicazione di quello sforzo e di questa apertura si rivela forse un ineliminabile paradosso in cui sembra peraltro esprimersi la più profonda concretezza del vivere umano.

³⁴ Cfr. il mio *Filosofia del lavoro* cit., pp. 46 ss.

³⁵ Vedi M. Heidegger, *Gelassenheit*, Tübingen, 1959,³ pp. 23-24 e in proposito il mio *Filosofia del lavoro* cit., pp. 147-149.

³⁶ Secondo me, un discorso filosofico in cui abbia senso parlare di "apertura" nei confronti del mistero non contrasta anzi va d'accordo con l'ammissione di eventi nuovi e imprevedibili che in riferimento alla biosfera sono oggi considerati "essenzialmente" casuali dagli scienziati più avanzati. Qui si tratta proprio del "significato essenziale" della parola "caso" — e non di quello puramente "operativo" — perciò di una "indeterminazione essenziale". Sono casuali in senso operativo i giochi dei dadi o della roulette "solo in quanto è impossibile in pratica dirigersi con precisione il lancio del dado o quello della pallina". Si può evidentemente concepire una meccanica di lancio ad altissima precisione che consentirebbe di limitare in grande parte l'indeterminazione del risultato. Nella roulette quest'indeterminazione è puramente operativa ma non essenziale. Lo stesso si può dire "per la teoria di numerosi fenomeni in cui si fanno intervenire il concetto di caso e il calcolo delle probabilità per ragioni esclusivamente metodologiche". "Invece il concetto di caso assume un significato essenziale e non più soltanto operativo ad esempio nelle cosiddette 'coincidenze assolute', che risultano dall'intersezione di due sequenze causali totalmente indipendenti l'una dall'altra. Supponiamo che il dott. Dupont sia chiamato d'urgenza presso un ammalato che visita per la prima volta, mentre lo stagnino Dubois sta effettuando la riparazione urgente del tetto di un edificio vicino. Quando il dott. Dupont passa, allo stagnino sfugge inavvertitamente il martello e la traiettoria (deterministica) di quest'ultimo intercetta quella del medico che muore con il cranio fracassato". "Il caso va considerato qui come essenziale, inerente all'indipendenza totale delle due serie di avvenimenti, la cui concomitanza provoca l'incidente". "A meno, naturalmente, di non volere tornare all'universo di Laplace dal quale il caso veniva escluso per definizione e nel quale il dottore doveva da sempre morire sotto il martello dello stagnino". "Esiste infine, in scala microscopica una fonte di indeterminazione ancora più radicale", là dove "una mutazione rappresenta in sé un avvenimento microscopico, quantistico, al quale di conseguenza si applica il principio di indeterminazione: avvenimento quindi *essenzialmente* imprevedibile per la sua stessa natura". "Tutti gli sforzi compiuti per sostituire alla teoria quantistica una struttura più 'fine', da cui sarebbe scomparsa l'indeterminazione, si sono conclusi con un insuccesso e oggi pochissimi fisici sembrano disposti a credere che tale principio potrà mai essere cancellato dalla loro disciplina". In tutta questa nota ho riportato ciò che dice Monod, *op. cit.*, pp. 127-128; *traduz. it. cit.*, pp. 96-97.