

Le varietà dell'esperienza

GIOVANNI TUZET*

non si dà via di sorta per attingere cognizioni concrete oltre all'esperienza
(Il Circolo di Vienna).

1. Diritto ed esperienza

La vita del diritto non è la logica ma l'*esperienza*: questo dichiara un celebre passo di Oliver Holmes¹. Più del sillogismo, prosegue, sono le necessità del tempo, le dottrine morali, le direttive politiche e persino i pregiudizi a determinare le regole del diritto. Questi diversi fattori e le loro combinazioni contingenti sono ciò che Holmes intende per "esperienza". Essa dà forma al diritto, lo modella nel corso della storia, lo muta quando occorre, come accade a un organismo in relazione ad un ambiente. La metafora della vita è significativa. Si tratta di un modo di intendere il diritto molto diffuso presso le correnti antiformaliste di fine Ottocento e inizio Novecento², dalle significative affinità con la riflessione filosofica del tempo e il dibattito sulle teorie evoluzioniste in biologia. Filosofi pragmatisti come James e Dewey, con cui Holmes fu in contatto, lavorano alla nozione di esperienza per metterne in luce la complessità e la ricchezza. James la utilizza per contrastare l'idealismo filosofico, per risaltare le particolarità e la concretezza della vita a dispetto delle astrazioni, infine per sostenere una forma di monismo volto a superare il dualismo fra mente e corpo³. Dewey ne critica la tradizionale concezione empirista per esplorarne le articolazioni pratiche e le connessioni con le nostre capacità inferenziali⁴. Analoghe suggestioni e motivazioni si riscontrano rispetto alla nozione di *esperienza giuridica*. Essa è stata utilizzata per indicare la dimensione e la vocazione concreta del diritto, la sua indole pratica, il suo farsi storico e sociale, criticandone le concezioni formaliste e intellettualistiche⁵. Nondimeno si è sempre riconosciuta una certa equivocità e vaghezza della nozione, dalla chiara valenza sintetica e suggestiva ma altrettanto sfuggente.

In questo scritto accenneremo brevemente alla ricchezza dell'esperienza in chiave pragmatista (§ 2) rilevandone poi le varietà (§ 3), per concluderne che l'esperienza giuridica è una nozione similmente ricca e che può essere intesa in quattro sensi fondamentali: singolare, pratico, ermeneutico ed empirico (§ 4).

* Università Bocconi, Milano.

2. La ricchezza dell'esperienza

Un'idea fondamentale di John Dewey è che l'esperienza non sia solo qualcosa di passivo – come vorrebbe la concezione empirista tradizionale – ma abbia anche una dimensione attiva: che sia un “mettere alla prova” oltre che un “patire”⁶. Si gioca in essa la relazione fra intelligenza e mondo, fra due poli che si influenzano vicendevolmente in varie forme e modalità.

In *The Need for a Recovery of Philosophy* (1917), Dewey indica cinque punti di contrasto con la tradizionale teoria empirista dell'esperienza⁷:

- l'esperienza non è solo una questione di conoscenza, ma anche e soprattutto di interazione fra creature ed ambiente;
- l'esperienza non è solo uno stato soggettivo, ma anche e soprattutto il confronto con un mondo oggettivo, peraltro suscettibile di modifiche da parte dei soggetti agenti;
- l'esperienza nella sua forma vitale non è mera registrazione del passato, ma piuttosto esperimento, sforzo di cambiare quanto è dato, connessione al futuro;
- l'esperienza non è solo esperienza di particolari, ma anche di connessioni e continuità (il che è cruciale per l'esperienza come esperimento e tentativo di muovere il dato in nuove direzioni);
- l'esperienza non è antitetica al pensiero, ma al contrario è imbevuta di inferenza (*full of inference*)⁸.

Per questo, secondo Dewey, l'esperienza è allo stesso tempo un fare e un patire⁹. Una *transazione*, un confrontarsi con l'ambiente, un'interazione in cui giocano un ruolo essenziale le abilità pratiche dell'organismo e la sua capacità di anticipare l'esperienza futura: tanta è l'esperienza di un soggetto quanta gli consente di formulare delle previsioni accurate e di controllarne la correttezza¹⁰.

Questa concezione dell'esperienza sembra distinguersi sia da quella empirista tradizionale, per le ragioni appena viste, sia da quella ermeneutica connotata in senso storico (tramite il concetto di tradizione) e in senso esistenziale. Quest'ultima non riguarda la previsione di eventi futuri né tantomeno il loro controllo sulla base di evidenze empiriche: per Gadamer, semmai, è apertura a nuove esperienze, accumulazione storica del vissuto umano, mediata dal linguaggio ed espressa nelle grandi opere dello spirito (opere d'arte, testi sacri, testi giuridici)¹¹; per Dewey, piuttosto, sono cruciali gli aspetti predittivo e pratico-strumentale dell'esperienza, lo sforzo di cambiare ciò che è dato, avvalendosi di accurate previsioni.

La sintesi dell'esperienza, potremmo dire con Dewey, è quanto ci consente di vivere con pienezza, di fare e patire in modi sensati, di armonizzare le ragioni per credere e le ragioni per agire. Quello che distingue una vita umana da un processo meramente biologico o fisico. Ma proprio il fatto che l'esperienza sia “imbevuta di inferenza” consente ed impone ai filosofi delle considerazioni ulteriori e un'analisi più dettagliata.

3. *Le varietà dell'esperienza*

L'esperienza è "imbevuta di inferenza", sostiene Dewey. Ma il fatto che se ne possano trarre inferenze diverse dovrebbe portarci a dire che le diverse inferenze corrispondono a diversi generi e tipi di esperienza.

Per iniziare, si noti la differenza fra *fare un'esperienza* e *avere esperienza*: nella prima è implicato qualcosa di singolare e di nuovo, nella seconda qualcosa di generale e passato. Si confrontino questi esempi:

- (1) Il viaggio nel Sahara è stato una bella esperienza
- (2) La guida aveva molta esperienza.

In (1) si tratta dell'esperienza di qualcosa nella sua singolarità e nella sua novità rispetto alle precedenti esperienze del soggetto. Mentre in (2) si tratta dell'esperienza accumulata nel tempo esercitando una certa attività. Fare un'esperienza e avere esperienza non sono la stessa cosa, anche se hanno certamente delle relazioni. Si potrebbe dire che l'avere esperienza implichi l'aver fatto certe esperienze. In un esempio come

- (3) Cercasi personale con esperienza

si può inferire che il richiedente stia cercando persone che abbiano *fatto* determinate esperienze lavorative e che per questo *abbiano* esperienza. Ma viceversa si può pensare che, almeno in alcuni casi, il fare un'esperienza implichi l'avere esperienza. In un esempio come

- (4) Senza esperienza, non avrei distinto quel segnale

l'enunciante asserisce che il suo *avere* una certa esperienza generale gli ha permesso di *fare* una determinata esperienza singolare.

Ci si riferisce a musicisti con esperienza, arbitri, giocatori, piloti, avvocati, giudici. Si tratta in questi casi di un "saper fare", di un tipo di conoscenza consistente in certe competenze e abilità acquisite nel tempo tramite l'esercizio¹². Quasi sempre, come si può constatare, si tratta di esperienza *in pubblico*, del sapersi misurare con altri, eventualmente con difficoltà e imprevisti. Un musicista che abbia suonato per anni ma in privato, può dirsi un musicista con esperienza? Non serve la pratica del palco, il mettersi alla prova di fronte a un pubblico? Qualcosa del genere non sembra invece necessario per le esperienze singolari, che possono essere "private".

Si noti inoltre una particolarità dell'*avere esperienza*: è qualcosa che è suscettibile di gradazioni e quantificazioni, a differenza del fare un'esperienza. Si può cercare un fresatore con due anni di esperienza, si può dire che un certo avvocato ha poca esperienza, ma qualcosa del genere non si può predicare di esperienze singolari come un viaggio nel Sahara o la difesa di un certo cliente in un certo processo.

Si noti poi una particolarità del *fare un'esperienza*. Di questo genere di esperienze si possono predicare qualità positive o negative. Chi dica

- (5) Quell'esperienza è stata negativa

si riferisce a un'esperienza singolare che per qualche ragione non è stata apprezzata e che pertanto (potremmo inferirne) egli non intende ripetere, mentre in (1) si trattava di un'esperienza singolare e positiva che pertanto (potremmo inferirne) l'enunciante raccomanda ad altri o potrebbe ripetere. Al contrario, dell'aver esperienza non si predicano qualità positive o negative. Infatti assumiamo normalmente che l'aver esperienza sia in sé qualcosa di positivo. Dire di qualcuno che è esperto implica un giudizio positivo. Dunque, quando si parla di esperienze positive o negative non ci si riferisce propriamente all'aver esperienza, ma al senso singolare di "esperienza".

Il fare un'esperienza presuppone poi un senso ancora più basilare di "esperienza": quello percettivo o fenomenologico del fare esperienza di certe qualità¹³. Esperire il colore rosso, il gusto dello zucchero, il rumore del vento, o qualità più complesse come il colore del tramonto sulle Dolomiti, il gusto del Pinot grigio, il suono di uno Stradivari. I filosofi si chiedono se le qualità dell'esperienza siano riducibili alle proprietà degli oggetti esperiti, alle proprietà del medium rappresentazionale, o siano invece da intendere come una genuina relazione. Non è importante rispondere qui. Importante è riconoscere che si tratta di un senso di "esperienza" presupposto dal fare un'esperienza e sicuramente diverso dall'aver esperienza.

Si noti inoltre che l'esperienza al singolare è compatibile con ampie forme di indeterminazione, come quando, pur avendo esperito qualcosa, non si sia in grado di concettualizzarlo, renderne conto o riconoscerlo con precisione: si potrebbe avere ascoltato dal vivo il suono di uno Stradivari, averne gioito grandemente e in profondità, ma non riuscire a distinguerlo dal suono di un altro violino, o non riuscire ad esprimerne la differenza. Invece l'aver esperienza – pur non essendo immune da forme di indeterminazione – ne è solitamente più al riparo: qualcuno che sappia suonare il violino potrebbe non riuscire ad eseguire certi passaggi particolarmente difficili, ma saranno pur sempre delle eccezioni se è vero che la persona in questione sa suonare il violino. Maggiore è l'esperienza che si ha, minore è la sua indeterminazione. Anche in questo, il fare un'esperienza e l'aver esperienza si distinguono¹⁴.

Tutto ciò consente di mettere in luce come diverse *inferenze* corrispondano a diversi generi o tipi di esperienza. Le varietà dell'esperienza si mostrano qui in modo chiaro. Consideriamo infatti le diverse conseguenze che possono trarsi inferenzialmente da un tipo o un altro di esperienza. Si confrontino questi esempi:

(6) Hai visto una regata, dunque sai andare a vela

(7) Hai seguito un corso di vela, dunque sai andare a vela.

L'inferenza in (6) è illegittima, mentre è legittima quella in (7). La ragione ne è chiara: da un certo tipo di *esperienza pratica* siamo legittimati ad inferire certe conseguenze pratiche; ma da un certo tipo di *esperienza percettiva* non siamo legittimati ad inferire certe conseguenze pratiche.

Molti "esperimenti mentali" della filosofia classica si riferiscono a esperienze percettive. I filosofi che come Descartes si interrogano sul carattere illusorio della percezione si riferiscono ovviamente al senso percettivo o fenomenologico dell'esperienza, non a quello pratico. Ma quando Holmes parla di esperienza parla della stessa esperienza di Descartes? Evidentemente no; parla dell'esperienza pratica o di qualcosa di

ancor più complesso, non dell'esperienza percettiva. Dire che l'esperienza è illusoria ha senso (vero o falso che sia) se riferito all'esperienza percettiva. Mentre è dubbio che lo si possa riferire all'esperienza pratica. Avrebbe senso dire che un'abilità è illusoria? Può forse voler dire che un'abilità o una condotta non produce le conseguenze sperate; o può voler dire che è illusoria la percezione di svolgere abilmente una certa attività. Ma in senso stretto un'abilità, ad esempio quella di suonare il violino, non è illusoria: o si sa suonare il violino e dunque non si vede in che senso l'abilità potrebbe essere illusoria, oppure non lo si sa fare e allora non c'è nessuna abilità, tantomeno illusoria. (Anche se ovviamente, come abbiamo detto, l'abilità può avere diversi gradi).

Questo non implica, di nuovo, che non ci siano relazioni fra l'esperienza in senso pratico e quella in senso percettivo. L'agire può essere fonte di esperienza percettiva, così come una ripetuta esperienza percettiva può contribuire alla formazione di un'esperienza pratica. Nel complesso, *l'esperienza può essere sia fonte che risultato di processi cognitivi*.

E ancora – per insistere sui legami fra esperienze ed inferenze – ciascun tipo di esperienza autorizza diverse *inferenze normative*, non necessariamente autorizzate dagli altri. Si confrontino questi ulteriori esempi:

(8) Sai investire, quindi avresti dovuto acquistare quei titoli

(9) Hai già provato ad investire, quindi avresti dovuto acquistare quei titoli.

In (8) ci si riferisce a un'esperienza generale e pratica che autorizza l'inferenza normativa in questione, dato che il destinatario dell'enunciato è supposto avere una particolare competenza nel campo degli investimenti; mentre in (9) ci si riferisce a un'esperienza singolare che di per sé non la autorizza affatto¹⁵.

In ultimo luogo non si dimentichi che ciascun ambito della nostra esperienza ha delle caratteristiche proprie e peculiari. L'esperienza giuridica è cosa diversa da un'esperienza estetica o dall'esperienza religiosa o altro ancora. Mead e lo stesso Dewey, ad esempio, notavano che una caratteristica propria dell'esperienza estetica consiste nell'apprezzare qualcosa in sé, non per le sue conseguenze future, mentre il momento anticipatorio è più marcato in altri tipi di esperienza come quella pratica¹⁶. Il che non toglie che si possano trovare affinità fra l'esperienza dell'arte e altri tipi di esperienza¹⁷.

Considerate allora le varietà dell'esperienza, le loro molteplici relazioni ma anche le caratteristiche peculiari a ciascuna di esse, cosa dire dell'esperienza giuridica e della relativa nozione?

4. L'esperienza giuridica

Enrico Opocher ha efficacemente parlato di “polivalenza della nozione di esperienza giuridica ed equivocità del suo significato”¹⁸. È acquisito che la nozione in esame abbia questo limite, proprio perché, nelle intenzioni di chi la utilizza, essa veicola un'immagine sintetica e suggestiva del diritto. Non si tratta tuttavia di un'immagine che voglia comunicare qualsiasi tipo di contenuto associabile al diritto. Le ragioni per cui è stata introdotta, infatti, si trovano nell'opposizione al formalismo e all'intellettuale-

lismo di cui si è detto, facendo leva sulla “vita” del diritto e i suoi aspetti più concreti.

In Capograssi l’esperienza è quella del soggetto individuale, di fronte al diritto, al processo e al giudizio in particolare¹⁹. In James, analogamente, l’esperienza è quella degli individui concreti, operanti qui ed ora, estranei e irriducibili a quell’assoluto di cui vagheggiano gli idealisti²⁰.

Nell’esaminare la “genesi speculativa” della nozione, Opocher menziona anche, giustamente, il contributo del pragmatismo “anglosassone” e di James (di cui peraltro non cita alcun lavoro), cogliendo la novità del pragmatismo rispetto all’empirismo tradizionale per quanto riguarda la teoria della conoscenza²¹. Opocher vi rintraccia una “subordinazione dei concetti conoscitivi al mondo dell’azione”, il che – ad avviso di chi scrive – può riscontrarsi in alcune pagine di James ma è da intendere più correttamente come una stretta articolazione delle ragioni per agire e per credere (non una “subordinazione” delle seconde alle prime)²². Ad ogni modo, si tratta di “riconsiderare il fenomeno giuridico in tutta la ricchezza delle sue implicazioni sociali”, riportandolo al “concreto movimento della vita sociale”²³ (sembra di avvertire un’eco di Holmes) e facendo fronte ai due fenomeni che in particolare, a detta di Opocher, hanno motivato la genesi giuridica della nozione: la crisi del principio della statualità del diritto e il pluralismo giuridico.

Non pare privo di interesse notare che il contesto globalizzato dei nostri giorni presenta dei problemi non molto diversi, a partire da una (nuova?) crisi del diritto statuale e da un (nuovo?) pluralismo giuridico che ne erode le membra. Più che una lettura politica o sociologica di tali fenomeni, tuttavia, è intento di questo saggio fornire un esame di alcuni aspetti teorici della questione.

In un recente lavoro, Giuseppe Zaccaria menziona da una parte le critiche di Orestano alla genericità e plurivocità della nozione di esperienza giuridica in Capograssi, ma dall’altra rileva che “storicamente la geniale invenzione del sintagma ‘esperienza giuridica’, rapidamente diffusosi nel linguaggio dei giuristi e aperto a nuove potenzialità espressive, che per la verità non sempre furono del tutto felici, ebbe il pregio di offrire un’immagine potentemente sintetica della realtà del diritto, che si caratterizzava per il suo sforzo di coglierlo ad un tempo nella sua multiforme fenomenologia e nella sua interezza, e insieme attribuirgli un’unità di senso”²⁴.

La dimensione pratica, centrale nell’esperienza giuridica, coinvolge la conoscenza del diritto. “La conoscenza del diritto non si separa dalla dimensione pratica, anzi vi si lega strutturalmente nella concretezza del lavoro quotidiano di costruzione dell’esperienza giuridica che contribuisce a dar forma al diritto positivo. Il curioso destino della scienza giuridica è di far parte dell’oggetto stesso che studia e di doverlo presupporre”²⁵. Si tratta di quella che è stata chiamata, con felice espressione, *inerenza della scienza all’esperienza*²⁶.

D’altro canto non si può non menzionare la critica espressa a suo tempo da Uberto Scarpelli, secondo cui l’esperienza giuridica, se intesa come esperienza del processo, è l’esperienza della “patologia” del diritto, cioè di quei casi in cui il diritto ha fallito la propria opera di regolazione sociale, non ha impedito il sorgere di una controversia e può solo porsi come rimedio e soluzione autoritativa della stessa; questi casi, sostiene Scarpelli, non devono far dimenticare tutti quelli – e sono la mag-

gioranza – in cui il diritto orienta il comportamento dei consociati ed evita l'insorgere di controversie; pertanto, se si fa coincidere la vita del diritto con quanto accade nei tribunali si confonde la vita del diritto con la sua patologia²⁷.

Questa osservazione critica, di spirito hartiano²⁸, è senz'altro condivisibile a patto di non dimenticare un altro aspetto fondamentale del diritto (che la focalizzazione sul comportamento dei consociati rischia di trascurare): quello dell'*interpretazione*. L'interpretazione giuridica, ad opera di soggetti qualificati e in vista di decisioni autoritative, è un aspetto del diritto che sembra corretto definire strutturale più che patologico. Il bisogno di concretizzare il dettato del legislatore sembra appartenere alla natura stessa del diritto costituito da disposizioni generali e astratte, cioè largamente indeterminate in estensione ed intensione. A maggior ragione se si ritiene che "l'applicazione ai casi particolari è un criterio necessario per la comprensione della regola"²⁹. Per non parlare dei sistemi di *common law*, in cui le pronunce giudiziali appartengono pienamente alla "fisiologia" del diritto.

Questo ci rimanda a quanto detto in precedenza sull'indeterminatezza dell'esperienza e a ben vedere pone un problema: se l'esperienza giuridica fosse un'esperienza essenzialmente pratica, essa sarebbe tanto maggiore quanto minore sarebbe la sua indeterminatezza, poiché, come abbiamo rilevato al § 3, l'esperienza pratica e la sua indeterminatezza sono inversamente proporzionali. Pertanto, se l'esperienza giuridica fosse essenzialmente pratica e assumessimo che gli operatori giuridici hanno il genere di esperienza richiesto, ne seguirebbe che non v'è indeterminatezza. Ma questo non è contraddetto dall'evidenza appena riportata, relativa all'ampia indeterminatezza del diritto? Lo è, se si fa coincidere non solo l'esperienza giuridica con un'esperienza di tipo pratico ma anche l'indeterminatezza del diritto con l'indeterminatezza dell'esperienza. Non lo è, se le questioni si tengono distinte. La seconda opzione sembra preferibile, se non altro perché la prima porta ad esiti contraddetti dall'esperienza stessa.

È dunque il momento di procedere a una distinzione dei sensi in cui la nozione in esame può essere declinata, sperando di fare ordine nella selva di considerazioni fatte fin qui. Possiamo distinguere l'esperienza giuridica 1) in senso *singolare*, 2) in senso *pratico*, 3) in senso *ermeneutico* e 4) in senso *empirico*.

Il *primo* senso può essere rintracciato negli scritti di Capograssi, nella sua attenzione all'esperienza del singolo di fronte al diritto e al giudizio. In questa chiave si tratta dell'esperienza che uomini concreti, qui ed ora, nel loro agire e patire, *fanno* del diritto e delle sue istituzioni. Nel *secondo* senso, invece, la nozione rintraccia le abilità e le competenze che determinati soggetti *hanno* in relazione al diritto. Si tratta così di riprendere in chiave giuridica la distinzione fatta sopra fra il *fare un'esperienza* e l'*avere esperienza*. Confrontiamo i seguenti enunciati:

- (10) Ha fatto l'esperienza del sistema giudiziario cinese
- (11) Ha molta esperienza in campo tributario.

Come pare evidente, in (10) ci si riferisce all'esperienza singolare fatta da un individuo rispetto a un determinato sistema giudiziario, mentre in (11) ci si riferisce all'esperienza pratica che un certo soggetto ha in un ambito del diritto.

Queste accezioni, distinte³⁰ benché legate (in maniera analoga a quanto rilevato sopra sull'esperienza in generale), valgono rispetto all'esperienza di soggetti determinati, pratica o singolare che sia, ma non sembrano catturare un aspetto dell'esperienza *giuridica* che è invece di particolare rilievo. Abbiamo ricordato poco sopra l'importanza dei processi interpretativi nel farsi del diritto, nel suo concretizzarsi divenendo, da disposizione generale e astratta, precetto particolare e concreto. Ora, tali processi non sono correttamente configurabili come il risultato di mere attività individuali, di singole decisioni prese da singoli giudici o funzionari amministrativi: sono bensì il risultato di un'impresa collettiva cui ogni interprete, giudice o funzionario, dà il proprio contributo in un costante confronto dialettico. In questo senso si può parlare di *prassi interpretative* e applicative del diritto. Pertanto non pare ingiustificato introdurre una *terza* accezione di esperienza giuridica, strettamente legata alla seconda (quella pratica) ma focalizzata su aspetti pubblici e sociali³¹. Si tratta di un'accezione che potremmo chiamare ermeneutica e che si può evincere da esempi come il seguente passo:

(12) il tema dell'interpretazione è “una delle chiavi d'accesso privilegiate per una migliore comprensione delle forme e dei modi attuali dell'esperienza giuridica”³².

Qui l'esperienza giuridica sembra consistere in un insieme di attività e comportamenti orientati all'interpretazione e applicazione (se non anche produzione) del diritto, una prassi che implica a monte le relative abilità e competenze. Questa accezione si può ampliare altresì a un tipo di discorso storico riferito all'interezza di una certa tradizione. “La tradizione è il momento in cui questo deposito di vite, di esempi, di esperienze, di anni, di secoli passati, brucia per diventare qualcos'altro, per trasformarsi e incarnarsi in un'altra forma, per trasformarsi in possibilità del futuro”³³. Sono parole del poeta Mario Luzi riferite alla tradizione letteraria e culturale ma che certamente si attagliano anche alla nozione di esperienza giuridica in una chiave ermeneutica.

Infine dell'esperienza può darsi una *quarta* accezione, una lettura essenzialmente empirica riferita non tanto al fare o al patire dei soggetti che vi partecipano, quanto all'adeguatezza empirica delle teorie giuridiche rispetto a ciò che intendono spiegare, o delle misure giuridiche rispetto alle finalità che intendono realizzare. Come nel seguente esempio per quanto riguarda l'adeguatezza delle misure giuridiche:

(13) L'esperienza ha mostrato che l'equo canone non ha favorito le locazioni.

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, in particolare, si può intendere l'esperienza come banco di prova di posizioni teoriche e normative e intendere il dogmatismo come difesa di posizioni non corroborate dall'esperienza³⁴. Questo tipo di approccio, oltretutto, si accorda pienamente alla logica sperimentale già raccomandata da Holmes in ambito giuridico e da Dewey in ambito filosofico³⁵.

Tutto ciò non significa che i sensi appena distinti si presentino in purezza nel discorso dei giuristi. Al contrario, il più delle volte possono esservi intrecciati, come, plausibilmente, in questo esempio:

(14) “Nell'esperienza giuridica degli ultimi due secoli il diritto positivo si presenta legato strettamente agli Stati nazionali”³⁶.

Di quale esperienza si tratta qui? Probabilmente di un insieme dei sensi sopra distinti. Distinguerli non significa pretendere che occorranò come tali nei discorsi effettivi: significa avere degli strumenti di analisi e comprensione. (Nella fattispecie, direi che si tratta specialmente del terzo e del primo).

Dalla nozione di esperienza giuridica, sempre a fini di analisi, va poi mantenuta distinta quella più ampia di "esperienza sociale" o di esperienza nel senso di Holmes, come ciò da cui nasce il diritto e si sviluppa.

Viene detto, in una prospettiva sociologica, che le esperienze sociali formano le regole del diritto e in particolar modo le regole di natura consuetudinaria. "Una regola di diritto è un condensato di esperienze sociali che si sono ripetute"³⁷. Esperienza, regole e consuetudini si legano così in un nesso che è difficile se non impossibile sciogliere. Ma ciò non mette al riparo da veri e propri paradossi o comunque da problemi teorici³⁸. Le consuetudini sono oggetto di esperienza e di conoscenza? Di che conoscenza e da parte di chi? Si tratta di una conoscenza pratica o di altro tipo? E in base a quali criteri può dirsi che un insieme di esperienze sociali ha dato luogo a una consuetudine e a una regola giuridica? E in che modo si può sostenere che *tutte* le regole giuridiche nascono da esperienze sociali? Per rispondere a queste e simili domande pare opportuno distinguere le relative nozioni piuttosto che confonderle in un'unica, troppo volubile e spuria categoria.

Per finire e completare l'analisi, non sarà inutile tornare allo spunto di Holmes con cui abbiamo iniziato. Egli, criticando il modello del sillogismo, aveva certamente ragione se esso viene inteso come descrittivo dell'attività giudiziale o legislativa. Non è vero che i giudici (sempre) sillogizzano, ancor meno che lo facciano i legislatori. Ma sembra più corretto e sensato intenderlo come un modello prescrittivo della decisione giudiziale. A tal punto, la disputa sarà sulle sue premesse (maggiori), se cioè i giudici debbano limitarsi a premesse tratte da una rigida dogmatica e dalla legislazione (strettamente interpretata) o possano invece ricorrere a premesse tratte da altri ambiti o discipline, come la morale, l'economia o altre scienze sociali. Se questo è corretto, la nozione di esperienza opposta al modello del sillogismo si trova a combattere una battaglia imbarazzante: o colpisce un bersaglio troppo facile, in quanto è palesemente falso che tutti i giudici sillogizzano; o colpisce il bersaglio sbagliato, in quanto il modello del sillogismo non ha pretese descrittive. Per essa l'unica chance di uscirne degnamente vittoriosa è quella di presentarsi in chiave prescrittiva, come un modello alternativo e preferibile al sillogismo. Ma allora sarebbe più che mai necessaria, oltre a una chiarificazione analitica delle sue componenti, una dimostrazione puntuale dei vantaggi che si otterrebbero se i giudici l'adottassero. Il che non è facile. Anche perché non si vede in che senso sarebbe un modello alternativo al sillogismo e non – più modestamente – un modello che invita a sostituire le premesse dogmatiche o legislative con premesse di altra natura.

Note

¹ "The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the

prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed” (Homes 1881, p. 1 ed. 1923).

² Cfr. Treves 1987, p. 103 ss.

³ Cfr. James 1897, 1902, 1912. Vedi anche Lamberth 1999.

⁴ Cfr. MW 3: 101-127, MW 10: 3-48, LW 12. Vedi inoltre Calcaterra 2008 su Mead. Sul pragmatismo classico e la più recente filosofia analitica, cfr. Calcaterra 2006. Su esperienza e semiotica, cfr. Violi 1997.

⁵ Cfr. specialmente Opocher 1966.

⁶ “On the active hand, experience is *trying* – a meaning which is made explicit in the connected term experiment. On the passive, it is *undergoing*. When we experience something, we act upon it, we do something with it; then we suffer or undergo the consequences. We do something to the thing and then it does something to us in return [...]” (MW 9: 146). Cfr. Talisse 2000, cap. 3. Una concezione non dissimile si trova oggi in McDowell 1996.

⁷ MW 10: 6. Cfr. Talisse 2000, pp. 46-49, nonché Shook 2000, Rosenthal 2002 e Frega 2004.

⁸ “There is, apparently, no conscious experience without inference; reflection is native and constant” (MW 10: 6).

⁹ “Experience [...] is a matter of *simultaneous* doings and sufferings” (MW 10: 9).

¹⁰ Sulla nozione di “transazione” cfr. LW 12. Sull’esperienza come anticipazione cfr. Rosenthal 2002, pp. 91 e 94, nonché Tuzet 2006a, §§ 2-4.

¹¹ Cfr. Gadamer 1960, pp. 715-761 ed. 2000. Ringrazio D. Canale per un chiarimento su questo punto.

¹² L’aver esperienza implica una conoscenza pratica (*knowledge-how*) mentre il fare un’esperienza implica una forma di conoscenza diretta (*knowledge-of*); cfr. Vassallo 2003, pp. 21-24, nonché Tuzet 2005, pp. 52-53.

¹³ Cfr. Nagel 1974 e Jackson 1986. Sull’esperienza percettiva come non inferenziale, cfr. Engel 2007, cap. 5. Nella contemporanea filosofia della percezione, si richiamano all’insegnamento di Moore coloro i quali sostengono che le credenze ottenute tramite l’esperienza percettiva sono *prima facie* giustificate. “Le moréen qui s’appuie sur la notion de justification *prima facie* soutient que c’est l’*expérience* perceptive ou tout au moins certaines croyances non inférentielles, que nous sommes immédiatement autorisés à croire, sans pour autant être réflexives au sens où elles feraient l’objet d’une conscience actuelle du fait que nous les avons. Ces expériences perceptives et ces croyances ont non seulement comme caractéristique de ne pas être fondées sur l’inférence, mais aussi de ne pas requérir de relation évidentielle de confirmation par des données empiriques que l’on évaluerait. Leur justification est immédiate, comme si ces expériences ou ces croyances portaient, pour ainsi dire, leur justification sur leur figure” (Engel 2007, pp. 156-157).

¹⁴ Anche perché si tratta di forme diverse di indeterminatezza: il fare un’esperienza può soffrire di indeterminatezza logico-concettuale (e di una derivata indeterminatezza pratica), mentre l’indeterminatezza che riguarda l’aver esperienza è di tipo essenzialmente pratico (è il non saper fare alcune delle cose che l’abilità in questione richiederebbe). Su diverse forme di indeterminatezza, cfr. Tuzet 2006b, §§ 2-3.

¹⁵ Si noti inoltre che alcuni inviti, come quello alla ragionevolezza, sembrano presupporre un’esperienza di tipo pratico e generale: a chi ne è sprovvisto sembra fuori luogo chiedere di agire ragionevolmente. (Sulla ragionevolezza in ambito giuridico, cfr. di recente Zorzetto 2008).

¹⁶ Cfr. Mead 1926: l’esperienza estetica è diversa da quella pratica nella misura in cui il sentire è diverso dal fare. Cfr. l’idea di esperienza estetica come *consummation* in LW 1: 266 ss.

¹⁷ “Si sa, la poesia resta nell’esperienza: è questo il suo magico limite: così è il lettore che deve entrare nella poesia, farne esperienza – essa è esperibile – piuttosto che pretendere di farla uscire dall’esperienza per portarla nei luoghi di una lettura oggettivante e di uno schema di interpretazione” (Viviani 2004, pp. 36-37). Sulla lettura come esperienza cfr. Raimondi 1978, pp. 220-224. Su poesia, conoscenza ed esperienza v. anche il recente vol. 50 della rivista *Atelier*, 2008, curato dal sottoscritto.

¹⁸ Opocher 1966, p. 735.

¹⁹ Capograssi 1959, parte II (*Studi sull'esperienza giuridica*), nonché, sul giudizio, Capograssi 1950. Cfr. Opocher 1966, Grossi 2006, Pastore 2008; ma anche, criticamente, Orestano 1987 e Cappellini 2008.

²⁰ Ma vedi Royce 1904 per un tentativo di conciliare pragmatismo e idealismo. Per una revisione pragmatista del kantismo, cfr. invece Lewis 1923.

²¹ Opocher 1966, p. 741.

²² Mi permetto di rinviare a Tuzet 2002 per un esame più ravvicinato di tale articolazione.

²³ Opocher 1966, p. 742 e p. 744.

²⁴ Zaccaria 2006, p. 408. Cfr. Zaccaria 1976.

²⁵ Zaccaria 2006, p. 412.

²⁶ Opocher 1966, p. 746.

²⁷ “Nei limiti [...] in cui si guarda alla realtà dell'esperienza giuridica si bada soprattutto, se non esclusivamente, a quanto succede nei tribunali, dalle difficoltà, incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza risalendo con troppa rapidità e facilità ad asserzioni generali sul diritto e la sua interpretazione ed applicazione [...]. Si dimentica infatti che nei tribunali si osserva la patologia del diritto: come chi volesse accertare lo stato di salute di un paese in base alle condizioni degli infermi ricoverati negli ospedali” (Scarpelli 1965, p. 144).

²⁸ Cfr. Hart 1994, capp. 6-7.

²⁹ Viola e Zaccaria 1999, p. 88.

³⁰ Gadamer (1960, pp. 735-737 ed. 2000) sostiene che la distinzione sta nel fatto che la prima ha una componente negativa, che egli ricollega ad Eschilo e all'esperienza della finitezza umana. Ringrazio D. Canale di questo rilievo.

³¹ In verità anche la seconda accezione – come si è detto sopra al § 3 – ha quasi sempre una dimensione pubblica e sociale; non si tratta tuttavia di una sua dimensione essenziale o costitutiva, come invece accade per l'esperienza giuridica in senso ermeneutico.

³² Viola e Zaccaria 1999, p. 132. Cfr. Canale 2003.

³³ Luzi citato in Nannipieri 2005, p. 81. Sul nostro vocabolario come risultato di una selezione storica, cfr. Austin 1979, p. 182.

³⁴ Cfr. Chiassoni 1999, p. 190 sul pragmatismo giuridico di Posner. Sull'esperienza giuridica come essenzialmente linguistica cfr. invece Villa 2004, pp. 102-103.

³⁵ Vedi Faralli 1990 e i riferimenti in Tuzet 2006a, § 4; cfr., in edizione italiana, l'utile Dewey 2008.

³⁶ Viola e Zaccaria 1999, p. 13.

³⁷ Nisio 2002, p. 58. Cfr. Carbonnier 1972. Anche in Dewey, allorché si occupa espressamente di diritto, si trovano numerosi spunti di questo tipo; cfr. lo scritto *My Philosophy of Law*, ora in LW 14: 115-122.

³⁸ Sui paradossi della consuetudine giuridica vedi Canale 2008. Cfr. Nisio 2002, pp. 120-121.

Abbreviazioni e riferimenti bibliografici

MW

The Middle Works of J. Dewey, 1899-1924, ed. by J.A. Boydston, Southern Illinois University Press, Carbondale and Edwardsville, 1976-1983. Ad esempio, MW 3: 111: volume 3, pagina 111.

LW

The Later Works of J. Dewey, 1925-1953, ed. by J.A. Boydston, Southern Illinois University Press, Carbondale and Edwardsville, 1981-1990. Ad esempio, LW 3: 111: volume 3, pagina 111.

Austin, J.L. 1979, *Philosophical Papers*, 3rd ed. by J.O. Urmson and G.J. Warnock, Oxford University Press, Oxford.

Calcaterra, R.M. 2008, "Socialità dell'esperienza e creatività dell'io in G.H. Mead", in questo volume.

— (a cura di) 2006, *Pragmatismo e filosofia analitica*, Quodlibet, Macerata.

Canale, D. 2003, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova.

— 2008, "Paradossi della consuetudine giuridica", in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica: teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, pp. 97-121.

Capograssi, G. 1950, "Giudizio processo scienza verità", *Rivista di diritto processuale*, vol. V, pp. 1-22.

— 1959, *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano.

Cappellini, P. 2008, "Vedi alla voce esperienza giuridica: senso e non senso di una problematica", in questo volume.

Carbonnier, J. 1972, *Sociologie juridique*, Armand Colin, Paris.

Chiassoni, P. 1999, "Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto", in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina, Milano, pp. 183-220.

Dewey, J. 2008, *Logica sperimentale. Teoria naturalistica della conoscenza e del pensiero*, a cura di R. Frega, Quodlibet, Macerata.

Engel, P. 2007, *Va savoir! De la connaissance en général*, Hermann, Paris.

Faralli, C. 1990, *John Dewey*, sec. ed., Clueb, Bologna.

Frega, R. 2004, "John Dewey: dal pragmatismo semantico al pragmatismo epistemologico", *Discipline filosofiche*, vol. XIV, pp. 43-62.

Gadamer, H.-G. 1960, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, testo tedesco a fronte, Bompiani, Milano, 2000.

Grossi, P. 2006, "Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno LXXXIII, pp. 13-40.

Hart, H.L.A. 1994, *The Concept of Law*, 2nd ed. by P.A. Bulloch & J. Raz, Clarendon Press, Oxford.

Holmes, O.W. 1881, *The Common Law*, Little, Brown & Company, Boston, 1923.

Jackson, F. 1986, "What Mary Didn't Know", *Journal of Philosophy*, vol. 83, pp. 291-295.

James, W. 1897, *The Will to Believe*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1979.

— 1902, *The Varieties of Religious Experience*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.

— 1912, *Essays in Radical Empiricism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1976.

Lamberth, D.C. 1999, *William James and the Metaphysics of Experience*, Cambridge University Press, Cambridge.

Lewis, C. I. 1923, "A Pragmatic Conception of the A Priori", *Journal of Philosophy*, vol. 20, pp. 169-177.

- McDowell, J. 1996, *Mind and World. With a New Introduction by the Author*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London.
- Mead, G.H. 1926, "The Nature of Aesthetic Experience", *International Journal of Ethics*, vol. 36, pp. 382-393.
- Nagel, T. 1974, "What It Is Like to Be a Bat", *Philosophical Review*, vol. 83, pp. 435-450.
- Nannipieri, L. 2005, *Mario Luzi. Il maestro e i suoi dialoghi*, Fara Editore, Santarcangelo di Romagna.
- Nisio, F.S. 2002, *Jean Carbonnier*, Giappichelli, Torino.
- Opocher, E. 1966, "Esperienza giuridica", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano, pp. 735-747.
- Orestano, R. 1987, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna.
- Pastore, B. 2008, "L'immagine del diritto come esperienza", in questo volume.
- Raimondi, E. 1978, *Scienza e letteratura*, Einaudi, Torino.
- Royce, J. 1904, "The Eternal and the Practical", *The Philosophical Review*, vol. 13, pp. 113-142.
- Rosenthal, S. 2002, "Classical American Pragmatism: A Systematic Overview", *Cognitio*, vol. 3, pp. 83-96.
- Scarpelli, U. 1965, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano.
- Shook, J.R. 2000, *Dewey's Empirical Theory of Knowledge and Reality*, Vanderbilt University Press, Nashville.
- Talisse, R.B. 2000, *On Dewey. The Reconstruction of Philosophy*, Wadsworth, Belmont.
- Treves, R. 1987, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino.
- Tuzet, G. 2002, "Azione e verità", *Sociologia del diritto*, vol. XXIX, pp. 169-175.
- 2005, "La conoscenza giuridica", *Notizie di Politeia*, n. 80, pp. 42-62.
- 2006a, "Sul concetto di esperienza. Ambiguità e criteri d'analisi", *B@belonline/print*, n. 2, pp. 213-228.
- 2006b, "Pragmatica dell'indeterminato", *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, vol. XX, pp. 159-190.
- Vassallo, N. 2003, *Teoria della conoscenza*, Laterza, Roma-Bari.
- Villa, V. 2004, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino.
- Viola, F. e Zaccaria, G. 1999, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari.
- Violi, P. 1997, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano.
- Viviani, C. 2004, *La voce inimitabile. Poesia e poetica del Secondo Novecento*, il Melangolo, Genova.
- Zaccaria, G. 1976, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Cedam, Padova.
- 2006, "Giuseppe Capograssi filosofo della vita europeo", *Ars Interpretandi*, vol. 11, pp. 403-415.
- Zorzetto, S. 2008, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Franco Angeli, Milano.