

# L'essenza del diritto nell'opera di Francesco Gentile

Vito Serritella

Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi  
 donserritella@libero.it

DOI: [10.17421/2498-9746-05-53](https://doi.org/10.17421/2498-9746-05-53)

## Sommario

*F. Gentile considera le tre stanze del Diritto: Legalità, Giustizia, Giustificazione, come momenti necessari e dialettici per il Diritto. Bisogna riconoscere che il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità, che l'attuale crisi dell'esperienza giuridica è, nella sua essenza, più profonda, una crisi della verità del diritto. Il carattere puramente strumentale o legale (prima stanza del diritto) è l'elemento rivelatore di un diritto che ha perso la sua natura di esse ars boni et aequi e si è andato riducendo ad uno strumento per fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura ad un mero strumento del potere. La forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico suo titolo di validità, l'unico criterio di giuridicità. Per evitare il nichilismo giuridico, occorre spostarsi verso la natura dialettica (seconda stanza) che è capace di unire e di distinguere ciò che è giusto (dimensione realistica del diritto), ovvero la ricerca del giusto mezzo, ossia della misura conveniente. Infine, occorre giustificare il diritto naturale (dell'essenza) come base sostanziale del diritto, non come un doppiopione o codice duplicato del diritto positivo — con cui è intrecciato. Le leggi, oltre ad essere stabilite, vanno esaminate per essere ritenute giuste, per cui l'idea classica di giustizia è la condizione di intelligibilità della interazione umana (terza stanza).*

**Parole chiave:** Francesco Gentile, legalità, giustizia, giustificazione.

## Abstract

*F. Gentile reflects on the three chambers of the right: legality, justice, justifications. These are the necessary dialectical moments for the right. One has to consider that right is conceived in abstraction from the truth in our times, and that the current crisis of juridical experience is, in its most profound essence, a crisis of the truthfulness of the right. The purely instrumental or legal character of the right (the first chamber) is the revelatory element of right which has lost its nature of being ars boni et aequi and has been gradually reduced to an instrument for ends that are external to its own content, if not downright to a mere instrument of power. Its positive form, though necessary to secure juridical certainty, has become the only title of its validity, the unique criterion*

*of juridicity. In order to escape juridical nihilism, one should make the move towards the dialectical nature (second chamber) that may unite and distinguish that which is right (the realistic domain of right), that is toward the search for the just or adequate measure. In the end, one should justify natural right (its essence) as the substantive foundation of right, not as a duplicate level of positive right — with which it remains connected. Besides being established, the laws are examined in order to test their justice, which renders the classical idea of justice the condition of the intelligibility of human interaction (third chamber).*

**Keywords:** *Francesco Gentile, legality, justice, justification.*

## INDICE

|   |                           |     |
|---|---------------------------|-----|
| 1 | Introduzione . . . . .    | 978 |
| 2 | Legalità . . . . .        | 979 |
| 3 | Giustizia . . . . .       | 982 |
| 4 | Giustificazione . . . . . | 986 |
| 5 | Conclusione . . . . .     | 990 |
|   | Note . . . . .            | 990 |

## 1 INTRODUZIONE

Il benemerito professore Francesco Gentile nella sua vita accademica ha proposto un percorso scientifico e formativo rivolto ai giuristi che non si accontentano di essere “enzimi del potere” (sic!), ma vogliono acquisire una consapevolezza critica del loro alto ufficio per contribuire al processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive. Il percorso risulta strutturato in tre “stanze”, la prima, che potremo chiamare della “geometria legale”, incentrata sulla *legalità*; la seconda, che potremo chiamare della “dialettica giuridica”, incentrata sulla *giustizia*; e la terza, della “teodicea”, incentrata sulla *giustificazione*.

La dialettica di cui si parla, prima ancora che un metodo, risulta essere un’attitudine mentale, un atteggiamento di ricerca, di indagine, di domanda o di schietta problematicità. In essa, dunque, oltre alla struttura sintetico-diairetica illustrata nel *Politico* di Platone, ritroviamo “quell’abito radicalmente problematico”, sostenuto da un autentico amore per il sapere, che è all’origine del percorso gentiliano. Peraltro, la passione per la verità, che tale percorso contraddistingue, non induce solo a passare dal campo geometrico a quello dialettico, ma è anche ciò che rende effettivamente filosofico un discorso che, colto in termini formalistici come la contrapposizione tra due procedure, potrebbe altrimenti apparire meramente metodologico.

Ciò che colpisce è come Gentile abbia sviluppato la propria filosofia dell'esperienza giuridica: non come un ennesimo sistema da sovrapporre all'esperienza, magari in nome dell'esperienza stessa, ma proprio prendendo sul serio l'esperienza, riflettendo su di essa mediante il sistematico confronto con le più avanzate acquisizioni del mondo del diritto contemporaneo, pervenendo a cogliere il porsi del problema filosofico all'interno della stessa scienza giuridica. Il senso di una ricerca, per un verso rivolta a mettere a nudo le geometrie prodotte dalla scienza giuridica, evidenziandone la struttura ipotetico-deduttiva e la funzione operativo-strumentale, e per altro verso, tramite un'attenta riflessione sulle aporie della "geometria legale", ad enucleare il principio metafisico in esse involontariamente e inconsapevolmente operante, per svilupparne tematicamente le potenzialità teoretiche<sup>1</sup>.

Motore di questa ricerca è quell'autentico amore del sapere che rende i giuristi, secondo il detto di Ulpiano: «veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes»<sup>2</sup>, aspiranti non ad una simulazione, ma alla vera filosofia. Al riguardo, non possiamo non riconoscere un ulteriore motivo di grande interesse del Gentile, ossia il recupero della centralità della questione *aletica* nella riflessione sul diritto<sup>3</sup>, la riscoperta dell'originarietà del "riconoscimento della verità" come ciò senza di cui l'esperienza, anche quella giuridica, neppure sarebbe. Si tratta in realtà di una questione tutt'altro che scontata se pensiamo all'oblio, quando non al bando, in cui è stato posto il termine stesso di "verità" negli studi giuridici: questione quanto mai necessaria per una filosofia del diritto che voglia essere autenticamente universale e per l'autenticità della stessa operatività giurisprudenziale, «poiché un fare che non sia illuminato dal vero, non è veramente fare»<sup>4</sup>.

## 2 LEGALITÀ

Nel libro della *Sapienza* si legge che gli empi, tra loro sragionando, dicono: «la nostra vita è breve e triste; non c'è rimedio quando l'uomo muore, e non si conosce nessuno che liberi dagli inferi. Siamo nati per caso e dopo saremo come se non fossimo stati» (Sap. 2, 1-3). Anche l'empio, per il quale la vita passa «come le tracce di una nube», destinata a disperdersi come nebbia scacciata dai raggi del sole e disciolta dal calore, rivendica ciò che gli spetta: che gli venga riconosciuta la sua parte. Egli chiede un ordinamento delle relazioni intersoggettive, un ordinamento giuridico. Insomma, anche nel più ingiusto dei mondi, anche in una società di delinquenti, ferma rimane la nozione, giuridica, di giustizia: «la costante e ferma volontà di dare a ciascuno il diritto che gli spetta», come Ulpiano sintetizzò raccogliendo questa tesi dai sapienti, da Omero<sup>5</sup> a Platone<sup>6</sup>, da Aristotele<sup>7</sup> a Cicerone<sup>8</sup>. Una nozione che ha trovato, successivamente, nei testi dei Padri della Chiesa rinnovata vitalità, in Ambrogio<sup>9</sup> e in Agostino<sup>10</sup>, per raggiungere il momento più

alto con S. Tommaso: «Giustizia è quell'abito in virtù del quale un uomo di ferma e costante volontà attribuisce a ciascuno il proprio diritto»<sup>11</sup>.

L'esperienza nella quale il giurista viene chiamato, *advocatus*, ad esplicitare la sua professione è l'esperienza della lite, del conflitto, della comunicazione interrotta, della relazione lacerata. Questi corrisponde alla richiesta d'aiuto mediante la rappresentazione del suo di ciascuno. Ora, in un'epoca tecnologica qual è la nostra, la rappresentazione che immediatamente ne viene data è quella offerta dalla geometria legale<sup>12</sup>, prodotto dell'applicazione del metodo ipotetico-deduttivo, proprio delle scienze fisico-matematiche o naturali, allo studio dell'uomo e delle relazioni umane.

Benché diverse e varie siano le versioni che ne sono state date, il nucleo comune e fondamentale del "protocollo" della geometria legale è costituito dalla convenzione dell'uomo come individuo, come atomo, privo — nello stato di natura — delle nozioni di bene e di male. Per tutte valga l'icastica affermazione di Hobbes tratta dal *Leviathan*: «Fin quando un uomo è nel puro stato di natura (...) il suo appetito personale è la misura del bene e del male»<sup>13</sup>. Il puro stato di natura è uno stato in cui ognuno ha una pretesa su tutto e di conseguenza nessuno è sicuro di niente. La precarietà assoluta dello stato di natura, postulata da Hobbes, viene da Rousseau colorata con introspezioni psicologiche straordinariamente profonde, anticipatrici degli sviluppi in senso consumistico della società tecnologica<sup>14</sup>. L'uomo solitario in questo stato, che negli altri vede solo ostacoli o strumenti per soddisfare i suoi appetiti, rimane irretito in una serie di legami soffocanti. Sulla base di questo protocollo convenzionale, la geometria legale postula la dimensione comunitaria, politica, come compagnia di assicurazione alla quale si accede mediante il contratto sociale.

Dell'associazione politica come compagnia di assicurazione bisogna considerare due modalità opposte: dello stato di diritto, che assicura in negativo ossia per repressione, e dello stato sociale, che assicura in positivo ossia per promozione<sup>15</sup>. Ora non v'è dubbio che la diversità dei beni assicurati, dalla sopravvivenza alla salute, dalla proprietà al lavoro, alla previdenza, ecc., comporti difficili problemi di adattamento del sistema assicurativo, ma questo non ne modifica la struttura essenziale e lo scopo ultimo.

L'uno rappresenta il limite in negativo dell'assicurazione sociale, che si basa sul principio di risarcimento secondo il quale, se si impone una proibizione ad attività rischiose, si deve risarcire chi è danneggiato dal fatto che queste gli vengono impedito.

L'altro rappresenta il limite in positivo dell'assicurazione sociale, configurando come sistema di protezione estesa a tutti i segmenti dell'esistenza, senza distinzione di classe sociale o economica.

Al verificarsi di una interferenza tra i comportamenti soggettivi, sussumibile in una delle fattispecie astratte convenzionalmente sancite, si fa corrispondere

una sola reazione obbligata e cioè la sanzione, prevedendola come dovuta per chi non vi si attenesse. Non sfugge, anche ad un'attenzione superficiale, il risultato rassicurante di questo meccanismo che, all'infinita e incontrollabile serie degli esiti derivanti dalla relazione intersoggettiva, sostituisce quel solo esito giuridicamente governabile e controllato. Soprattutto, risulta la sua vera natura. In effetti, mediante l'ordinamento giuridico, geometricamente concepito, nelle condotte dei singoli soggetti non si evita l'interferenza degli appetiti individuali e, quindi, la conflittualità, cosa affatto impossibile stante la postulata gratuità delle motivazioni individuali e l'assenza di regole condivise nell'ipotetico stato di natura, ma si neutralizzano le conseguenze della relazione intersoggettiva, vero e proprio evento dannoso per l'uomo, da cui derivano dispute, conflitti e, perfino, guerra. In questa prospettiva, i diritti soggettivi vengono configurandosi come un potere privato, relativo ma sicuro, come qualcosa che non è propria del soggetto in sé e per sé, bensì come concessione munifica e graziosa del potere pubblico.

Gli obblighi giuridici si configurano come un onere privato, nel senso che in sé e per sé il soggetto obbligato non è tenuto ad obbedire al precetto, ma solo a subire la sanzione che il potere pubblico gli infliggerà in caso di disobbedienza. Continuando a ragionare in termini di assicurazione, si potrebbe dire che gli obblighi giuridici corrispondono ai premi di assicurazione che il soggetto deve pagare per poter esercitare i diritti soggettivi, autentiche indennità assicurategli dal potere pubblico al verificarsi dell'evento dannoso, ossia dalla relazione intersoggettiva. Senza contare la crescita ipertrofica della produzione normativa e l'inevitabile condizionamento nella forza e nell'efficienza di esse<sup>16</sup>.

Ora, per assicurare il funzionamento di questo meccanismo rudimentale, ma coerente ed estremamente efficace dal punto di vista operativo, la geometria legale deve postulare la sovranità del soggetto pubblico e la sudditanza dei soggetti privati: a) sovrano il soggetto pubblico che, secondo Jean Bodin, «nulla riceve dagli altri» e «non dipende che dalla sua spada»; b) suddito il soggetto privato che, secondo Rousseau, in virtù del contratto sociale «non è niente, né può niente, se non mediante la collettività». Da qui si conclude che unica fonte dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive è la *legge* in quanto espressione della volontà sovrana e che unica guida è il *legislatore*, il quale deve sentirsi messo in grado di cambiare la natura umana, di trasformare un individuo, che per sé stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in quel modo, la vita e l'essere.

Di questa operazione prometeica di controllo sociale, l'operatore giuridico, in quanto applicatore della volontà legislativa, sarebbe il primo attore, essendo chiamato a qualificare giuridicamente i comportamenti individuali mediante il sillogismo giuridico di cui, come sostiene Kelsen, premessa maggiore è la *Grundnorm*: «Si deve obbedire al potere costituito ed effettivo», la quale secondo Gentile diventa un «presupposto convenzionale», un *a priori* e un presupposto formulato

per l'operatore giuridico.

In tal modo, all'universo conflittuale dello stato di natura, egli sovrappone l'universo ordinato delle e dalle leggi. In questa situazione "pura", nulla è realmente proprio, e *suo* è quanto gli è virtualmente attribuito per le vie legali. Nonostante le tante e solenni "Dichiarazioni dei diritti umani", «risulta necessario abbandonare le geometrie artificiali della concezione scientifica dell'ordinamento politico ed impegnarsi nel confronto dialettico delle ragioni per le quali da tutti è avvertita l'esigenza di riconoscere e rispettare il diritto dell'uomo in quanto uomo, ragioni che solo una problematizzazione radicale dell'esperienza [...] è in grado di illuminare»<sup>17</sup>.

Concludendo questo paragrafo, non è un caso che viviamo un momento storico in cui, all'espansione o moltiplicazione dei diritti, si riscontra un'implosione degli stessi nel cortocircuito delle leggi: «Lungi dall'essere conforme alle leggi, i giuristi si sono visti costretti ad aggiungervi altre fonti: la Consuetudine, e sempre più spesso la Giurisprudenza com'è di fatto (divergente dalle leggi) o come tenderebbe a divenire, i "Principi generali del diritto", l'Equità, la Natura delle cose, i comandamenti della ragione o della Giustizia»<sup>18</sup>.

Così, ricorrendo al "paradosso di Böckenförde", come non sono scientifici i fondamenti della scienza e non sono politici i fondamenti della politica, anche per il diritto vale l'asserto: «non sono legali i fondamenti della legge»<sup>19</sup>. E così si dischiude al nostro orizzonte la polarità tra *ius* e *lex* nell'ordinamento giuridico, fra diritto e legge, dove il primo è l'antecedente, l'originario, la fattispecie da regolare, e il secondo è il conseguente, il derivato e la regola scritta della fattispecie<sup>20</sup>.

Come dicevano i Latini, una giustizia ipocrita diventa simile a una ragnatela nella quale incappano le mosche, ma che gli uccelli squarciano con la forza del loro volo.

### 3 GIUSTIZIA

Di fronte all'eterno problema «di ciò che sta dietro al diritto positivo (...) chi cerca ancora una risposta troverà non la verità assoluta di una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere»<sup>21</sup>.

Questa perentoria affermazione di Kelsen potrebbe esser letta, secondo Gentile, come una cinica e arrogante riduzione della giuridicità a paramento del potere, come mascheramento formalistico della crudezza del dominio sotto l'apparente razionalità dell'argomentazione giuridica. Quanti operatori giuridici si riducono ad "enzimi" del potere? Ma potrebbe essere letta anche come l'incondizionata dichiarazione di resa del positivismo giuridico, costretto a gettare la spugna di fronte alla domanda di giustizia, da cui ogni giurista è investito e alla quale il

geometra delle leggi non è in grado di rispondere! O forse, più semplicemente, da questa affermazione risulta che non si può eludere l'eterno problema di che cosa ci sia dietro alla volontà sovrana istituita mediante la legge sicché, quale che sia la risposta, fosse anche quella più cinica del potere, ciò che risulta incontrovertibilmente è che il diritto positivo, di per sé, chiede di essere giustificato e purificato dall'enfasi tecnico-operativa, funzionale al puro potere, mediante il riconoscimento razionale e procedurale di quanto è proprio dell'uomo, della sua dignità.

Che cosa intende dire Kelsen quando afferma che «la norma fondamentale significa (...), in un certo senso, la trasformazione del potere in diritto» (*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre des Rechtspositivismus*)? Chiedersi questo vuol dire alzare il velo sulle aporie della geometria legale, e per farlo è necessario un *habitus* radicalmente problematico, quale solo un autentico amore per il sapere è in grado di auspicare ed una fedele applicazione della «buona regola secondo la quale di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere»<sup>22</sup>. Gentile riprende, così, la definizione platonica di dialettica, distante anni luce dalla ben più famosa dialettica hegeliana. La giustizia, oltrepassando la legalità e le sue aporie geometriche, abita la seconda stanza del diritto. Nel suo trascorrere e nel suo riconoscervi comunanza e diversità, «esprime nella maniera più icastica [...] il modo in cui si rapportano sapere ed esperienza, [...] ordine e ordinamento»<sup>23</sup>.

Il rapporto dialettico si dà, pertanto, fra quanto per un verso accomuna e altrimenti distingue le persone nella comunità politica. In altre parole, la giustizia è discernimento.

Invece, seguendo la *Grundnorm*, oltre che come fattore unificante in un tutto ordinato dei molteplici e disordinati comandi della volontà sovrana, oltre che come fattore di trasformazione del potere in diritto, il geometra delle leggi riconosce implicitamente che il potere effettivo non è sufficiente a fondare l'obbligatorietà del diritto positivo. Abbiamo visto che «il positivismo (...) si preclude qualsiasi speculazione giusnaturalistica, cioè qualsiasi tentativo di conoscere *un diritto in sé*»<sup>24</sup>. Resta da intendere che cosa possa davvero trasformare il potere in diritto, stante l'evidente carattere sofistico della presupposizione della *norma fondamentale*. Non sfugge la fallacia di un fondamento per pura convenzione. Il fatto è che, predicando che «si deve obbedire al potere effettivo e costituito», la *Grundnorm* fa leva sul senso del dovere radicato nella personalità di chi, mediante il sillogismo giuridico, qualifica come giuridico il comando del potere effettivo e costituito<sup>25</sup>.



Sicché, a fondare l'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, oltre al potere del sovrano, sua *conditio sine qua non*, sta il senso del dovere del suddito, sua autentica *conditio per quam*, in quanto tra la *Soll-norm*, il comando del soggetto pubblico del tutto equivalente a quello di ogni detentore di potere effettivo per l'assenza di ragione (*Auctoritas non veritas facit legem*), e la *Soll-satz*, ossia la regola di diritto autentica e *ratio* dell'obbedienza, si colloca come operante il senso del dovere che contraddistingue, nella dimensione pratica, il soggetto umano.

L'aporeticità della geometria legale potrebbe essere esplorata in tanti frangenti: nella trasformazione dell'*homme* in *citoyen* nell'Assemblea, secondo Rousseau nel *Du contrat social*, oppure nella trasformazione dell'attitudine soggettiva al rispetto delle regole (metaforicamente paragonata da Gentile alla corrente di un fiume) e nel meccanismo della legislazione, (paragonato, invece, ad una centrale elettrica) per la produzione di giuridicità, secondo l'insegnamento di Karl Olivecrona in *Law as fact*, oppure ancora con la trasformazione contraddittoria del signore in servo e del servo in signore, predicata da Hegel nella *Phänomenologie des Geistes*. Tuttavia, fu Locke ad avvertire con precisione il vicolo cieco o l'aporia di ogni costruzione geometrica dei diritti umani nelle future *Dichiarazioni*, avendo percepito che «la contraddizione nasce dal fatto che la stessa autorità statale che dovrebbe *garantire* i diritti fondamentali dell'uomo, appare esserne al contempo il *potenziale violatore*»<sup>26</sup>. Ed è proprio la consapevolezza critica di questa aporeticità che la soluzione geometrica, per la quale la regola sopraggiungerebbe sovrapponendosi alla relazione, risulta inevitabilmente destinata ad impantanarsi in una insanabile contraddizione fra essere e dover-essere. Infatti, sostiene Gentile: «L'idea della scissione tra natura e diritto, che condiziona lo sviluppo storico delle "geometrie legali" moderne, spingendole ad eludere il problema della giustificazione delle leggi che pure al loro interno ineludibilmente si pone, è il frutto di un equivoco razionalistico»<sup>27</sup>, quello della originaria rinuncia alla metafisica, al «tentare le essenze». Questo fatto chiede di calarsi filosoficamente nella profondità dell'umano.

Questa immersione, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere professionale, è parsa conveniente nel dialogo sulla *Politéia*, o *Respublica*, di Platone: il fondatore dell'Accademia si interroga sull'origine della comunità umana e muove dalla constatazione dell'impossibilità del singolo di bastare a sé stesso per il bisogno che lo contraddistingue in molte cose: «E così per un certo bisogno ci si aggrega l'un l'altro, per altri bisogni ad altra gente ancora, finché la molteplicità dei bisogni raccoglie in uno stesso luogo più uomini che si associano assieme per darsi reciproco aiuto»<sup>28</sup>. *Giustizia* in questa prospettiva è ciò per cui «ciascuna delle parti dell'anima attui la sua propria funzione, compia il proprio dovere»<sup>29</sup>.

L'uomo ingiusto, prima ancora di essere ingiusto con gli altri, è ingiusto con sé stesso. L'uomo, non rispettando la sua natura/essenza, si priva della sua di-



gnità. Se non si riconosce una natura all'uomo — esito fatale della modernità —, non ha senso essere rispettati in “ciò che è proprio di ciascuno”. In altre parole, «non è possibile dire su quale fondamento si radichi la pretesa del “suo di ciascuno”, e quindi il dovere di giustizia, qualora non si abbia una concezione della natura personale dell'uomo»<sup>30</sup>. Platone, enucleando e differenziando le componenti della *polis* (*phýlakes*, *árchontes*, *demiourgoí*), ci ha aiutati a comprendere che cosa significa essere “altro” all'interno di una città o comunità politica: quando nessuno adempie il suo *debitum* nei confronti della società, che è strutturata in una dimensione di reciprocità, la comunità comincia ad avere dei problemi. Del *debitum*, del senso del dovere (il custode deve essere coraggioso, il produttore temperante, chi guida deve essere sapiente) si può quindi parlare correttamente solo nella relazione fra l'io e gli altri, perché lo *ius* è *ad alterum*!

Anche l'ovvia affermazione: “Io sono diverso” è, in sé, incompleta e insufficiente, persino monca, perché la diversità può essere predicata solo in relazione a qualcosa che è in comune. *L'alterità impone il riconoscimento del “comune”*: solo rispetto al “comune” si può e si deve parlare di ciò che è “diverso” e per questo ognuno può farsi rivalere di quanto gli spetta.

Con altrettanta rigore, Cicerone poteva affermare che «la disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle *XII Tavole*, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia»<sup>31</sup>. Per questa via, entrando nel profondo dell'essere umano con il *logos* filosofico, all'operatore giuridico di ogni tempo è dato di difendersi dalla tentazione di ridursi ad “enzima” del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *prudentia iuris*. L'ufficio del *peritus in re iuridica* — come ha fatto notare suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso le *quaestiones* tomistiche — deve essere concepito essenzialmente come un lavoro di conoscenza: conoscenza del giusto nelle cose, seppur «non ci si deve stupire che questi filosofi [moderni] abbiano consegnato del diritto i concetti più contrastanti: essi lo considerano da punti di vista troppo diversi, e tutti *estrinseci*»<sup>32</sup>, anziché concepirlo platonicamente come “giusta misura” fra eccesso e difetto, in relazione alla genesi del giusto mezzo: «la “giusta misura” diventa così la sola misura del dovere» la cui ricerca va fatta con la buona regola della dialettica che è ricerca della relazione che si presenta al giurista nell'ambito della lite e che evidenzia le ragioni per cui i due litiganti non possono non andare d'accordo<sup>33</sup>.

Un'affermazione questa che oggi diremmo controcorrente, perché ci chiede di non pensare al diritto come «costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi, delle sentenze dei giudici, poiché se così fosse potrebbe essere un diritto rubare, commettere adulterio, falsificare testamenti, ove tali azioni venissero approvate dal voto e dal decreto della folla»<sup>34</sup>, bensì «derivato dalla natura delle cose, stimolo ad agire onestamente e a tenersi lontano dal mal fare»<sup>35</sup>.

Ci si trova così di fronte al nodo problematico e radicale dell'esperienza giuridica, posto dal rapporto tra intelligenza e volontà, tra concetto e precetto, tra indicativo e imperativo: tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità, poiché non si può dare a ciascuno il suo senza sapere quale sia il suo di ciascuno, né evitare di offendere gli altri se non si sa che cosa li offenda o vivere onestamente senza sapere che cosa sia onesto ma, nel medesimo tempo, non basta sapere che cosa è onesto per vivere onestamente, né avvertire ciò che offende gli altri per non offenderli o avere nozioni di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo. Per l'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità, l'*imperativo* non può crescere se non nel terreno dell'*indicativo*.

Per affermare come anche il diritto legale debba essere «*secundum naturam, quae norma legis est*»<sup>36</sup>, occorre rifarsi alla giurisprudenza romana, anche nelle temperie attuale della crisi del formalismo giuridico: l'argomentare del giurista romano non era mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva, ma sempre da una procedura dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti. Procedura dettata, prima che da un interesse operativo, da un autentico amore del sapere e dall'interesse gratuito della verità. Perciò, non possiamo dimenticare il richiamo fatto da Ulpiano ai giuristi a non dimenticare di essere *sacerdoti della giustizia* per molte ed evidenti ragioni: perché professano l'arte del buono e dell'equo, separano l'equo dall'iniquo, distinguono il lecito dall'illecito, mirano a rendere migliori gli uomini con il timore della pena ed anche con lo stimolo del premio.

Ed è proprio questa via, nel percorrerla fino in fondo con coraggio, che conduce il giurista romano a riconoscere che la ragione, derivata dalla natura delle cose, stimola l'uomo ad agire in modo onesto ed è legge «che non comincia già ad essere tale quando è scritta, ma al momento in cui ha origine ed è nata insieme con la mente divina. Per la qual cosa la vera propria legge fondamentale è la retta ragione del sommo dio Giove che ha autorità di comandare e vietare»<sup>37</sup>.

Ma per questa via, si apre la porta su di una nuova stanza, quella della "teodicea".

#### 4 GIUSTIFICAZIONE

Léon Brunschwig affermava tempo addietro che «qui dit justice dit justification: un jugement est un jugement de droit, non parce qu'il correspond à un fait concret, mais parce qu'il exprime une vérité générale. Dans chacun des jugements de droit, la justice est tout entière en cause, et cette participation intrinsèque donne au jugement son véritable caractère. Le jugement de droit ne demeure donc pas isolé, sans prétendre tenir sa valeur d'ailleurs que de soi»<sup>38</sup>.

In questa stanza del diritto, non è una riflessione di tipo confessionale a venire proposta come contributo alla formazione del giurista, ma il ritrovamento dell'autenticità filosofica dell'esperienza giuridica — che, come diceva Brunschwig, riguarda la verità generale —, mediata da una riflessione teologica sulla sua storia semantica e concettuale.

In questo senso è interessante notare che la terza “stanza” non è semplicemente quella della teologia, ma è la stanza della *teodicea*, ovvero la stanza della giustificazione della giustizia, che — a sua volta — è il senso pieno della legalità che da sola sarebbe infruttuosa e cadrebbe nel vuoto formalismo.

Una seria problematizzazione dell'esperienza non può prescindere da un'attenta considerazione dei suoi fattori, e, mai come nel caso dell'esperienza giuridica, non può non tener conto della bimillenaria azione di un evento qual è il cristianesimo, che quell'esperienza ha così profondamente impregnata arricchendola di nuovi contenuti e prospettandole nuove possibilità, soprattutto aprendola alla dimensione di una giustizia integrale, all'equità e alla misericordia, rispettosa del valore assoluto della persona.

La filosofia del diritto mancherebbe al suo ruolo nella formazione del giurista se non aprisse il discorso al tema della giustificazione.

Nonostante ne usi il nome, Gentile non pensa alla *teodicea* al modo della famosa trattazione di Leibniz, come «giustificazione di Dio» attraverso una «formula logico-matematica»<sup>39</sup>, perché ritiene che Dio non abbia bisogno di giustificazioni essendo lui la fonte di (ogni) giustificazione, ed è principio di ogni giustizia: «La sapienza governa con bontà ogni cosa... Essendo giusto, Dio governa tutto con giustizia... Tu governi con molta indulgenza... Tu, Dio, governi tutto secondo misericordia» (cfr. Sap. 8,1).

Ora, la “giustificazione”, pur richiamando per affinità funzionale la “legittimazione”, se ne distingue per il suo nesso radicale con la giustizia. Relativamente alla giustizia stessa, allude alla sua provenienza ed origine, a ciò che la rende possibile, ossia a quel che rende possibile l'essere giusti. Cosicché, parlando di *teodicea*, sembra quasi che il nostro autore voglia riferirsi ad un criterio divino della giustizia, che consenta di riconoscere il suo di ciascuno non secondo una misura meramente matematica, ma secondo l'incommensurabile dignità di un essere per la cui salvezza Dio stesso non solo si è fatto carne, ma è morto in croce per la di lui salvezza.

Tra le ricerche che si propone un filosofo del diritto, importantissima, infatti, è quella diretta a stabilire il fondamento ideale o deontologico dello stesso diritto. Non ci si può limitare a riconoscere l'esistenza di un diritto positivo (*prima stanza*), ma dobbiamo anche vedere se il diritto esistente è giusto (*seconda stanza*), e se ciò che si afferma come diritto ha un'intrinseca ragion d'essere (*terza stanza*).

Spesso fra queste distinte ricerche si è fatta confusione, generando equivoci. Noi abbiamo una facoltà originaria, non deducibile dall'esperienza, di distinguere

la giustizia dall'ingiustizia, è una facoltà, un sentimento del giusto e dell'ingiusto. Non sono certo mancati tentativi diretti a sminuire l'importanza di questo sentimento, considerandolo come derivato da fatti esteriori. Infatti, il diritto positivo è, sì, esterno, ma è il prodotto dell'intelligenza e della volontà degli uomini consociati. Le nostre valutazioni giuridiche possono anche prescindere da quelle positive e contrapporsi ad esse. Questo sentimento è un potere autonomo e insopprimibile di giudicare intorno al giusto e all'ingiusto. Invano si è voluto affermare che tale facoltà spetti allo Stato o ad altre istituzioni, però nessuna proibizione può impedire la coscienza umana di procedere in modo autonomo nel valutare il giusto. Di regola, il diritto positivo è conforme alla nostra coscienza o è il prodotto della nostra conoscenza, ma questa corrispondenza può anche mancare e allora si sperimenta, in confronto al diritto vigente posto dalla legittima autorità, l'inesauribilità della coscienza giuridica soggettiva, purché rettamente formata. Infatti, è proprio la non perfetta corrispondenza tra le aspirazioni giuridiche della coscienza, anch'essa limitata, e il diritto positivo, ancor più limitato perché confluito in un linguaggio e depositato in una memoria, che permette il progresso ed evita la stasi.

Questo sentimento giuridico originario non è altro che il desiderio della sapienza e della verità, è una forza viva, originaria ed autonoma ed è la fonte prima, non scritta, dello sviluppo del diritto<sup>40</sup>. La determinazione del criterio della giustizia, ossia del fondamento giustificativo del diritto, ha sempre largamente occupato i cultori della filosofia del diritto, nonostante le varie tendenze di scuola. Che intorno alla verità del diritto vi siano dissensi, anche in merito alla sua giustificazione, non prova che il problema sia insolubile e non afferma che il criterio giuridico sia assolutamente arbitrario e indeterminabile. Anzi, a mano a mano che gli errori vengono riconosciuti, superati, rettificati, si comprova la capacità della mente umana a raggiungere una conoscenza verace. Altrimenti varrebbe considerare impossibile la matematica solo perché ci sono degli errori di calcolo, oppure impossibile la geografia che si è perfezionata con il miglioramento degli strumenti di misurazione a sua disposizione e con migliori carte geografiche.

Analogamente, nel campo del diritto, vi sono stati travimenti, aberrazioni, ma il fatto stesso che la mente sappia correggere i propri errori e avviarsi alla verità, dimostra che lo spirito umano non si appaga di una qualsiasi proposizione giuridica positiva, ma tende per propria vocazione al riconoscimento del *giusto in sé* e verso questo riconoscimento procede, anche correggendo i suoi errori. È questa la logica della giustificazione.

La critica capacità del filosofo del diritto e la necessità di dare al diritto un fondamento umano, razionale, ma anche teologico (che è lungi dall'essere teocratico).

È necessario quindi chiarire la situazione esistenziale entro la quale si manifesta l'esigenza del diritto. È necessario, come dice Sergio Cotta<sup>41</sup>, risalire a monte

delle disposizioni giuridiche che si trovano scritte nel codice, nelle raccolte di leggi e di sentenze. Ma per fare ciò occorre evitare qualsiasi apriorismo, o deduttivismo, e bisogna partire dall'esperienza quotidiana. L'attività giuridica non è il puro prodotto artificiale della volontà del legislatore, altro rispetto ai comuni mortali, ma si connette in radice con le condizioni stesse del vivere in comune di costoro. Il diritto corrisponde, per così dire, alle esigenze proprie dell'esistenza umana, dell'uomo concreto, in quanto essere limitato, essere in relazione ed essere consapevole. Pertanto, il diritto è connesso alla condizione umana e da essa dipendente.

Se il diritto è che *a ciascuno deve essere riconosciuto il suo*, allora l'ordinamento si realizza se, tra le diverse pretese, si stabilisce un rapporto dialettico in cui si distingue qualcosa su qualcosa che le accomuna, e parimenti se si è capaci di cercare e riconoscere le diversità specifiche di termini o di cose all'apparenza identici.

Ciò che è proprio, ciò che spetta, ciò che è dovuto a ciascuno, in un conflitto, si ottiene se non si parte dalla assolutizzazione dell'Io e del Tu, ma dal comune Noi: la condizione della comunicazione è data dall'avere qualcosa in comune, vale a dire qualcosa che è dell'uno e dell'altro, senza essere esclusivamente dell'uno o dell'altro. Pertanto, la fonte del diritto non può essere se non nella natura dell'uomo, cioè nel suo essere secondo natura, e siccome l'essere dell'uomo è l'essere in relazione, *il suo di ciascuno è nella relazione*.

Questo è il diritto naturale in cui non c'è antitesi, a differenza della prospettiva geometrica, fra natura e diritto. In questo modo, l'ordinamento giuridico è illuminato da una dimensione "politica" perché va oltre la legalità. Esso è illuminato dall'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, di ciò che è opportuno, di ciò che è necessario per una convivenza umana equilibrata fra un *Da-Sein* e un *Mit-Sein*, quindi un'intelligenza che garantisca l'essere relazionale.

E nello stesso tempo, l'ordinamento è connotato dalla positività, perché la convivenza umana persegue questo equilibrio anche attraverso la progressiva istituzionalizzazione, fissazione e positivizzazione dei risultati raggiunti nel processo dialettico, sia sotto la forma della legge, sia sotto la forma del provvedimento amministrativo, sia sotto la forma della sentenza<sup>42</sup>.

Se il luogo geometrico dell'ordinamento giuridico è legato all'uso esclusivo della forza impersonale dello Stato, il luogo della giustificazione «non potrà che essere *a latere* dell'ordinamento giuridico»<sup>43</sup>.

In tal modo, si ricollega l'uomo alla pienezza dell'essere e del suo dover essere, allontanandolo dall'ipertrofia dell'io e costituendolo come essere in relazione che è il proprio della convivenza umana.

## 5 CONCLUSIONE

È proprio in virtù di un amore per la verità che il filosofo del diritto è condotto dalla “stanza” della geometria legale alla “stanza” della dialettica, dall’ambito della legalità a quello della giustizia. Mosso da questo *affectus*, infatti, egli non può accontentarsi della rappresentazione del *suo di ciascuno* fornita dalla geometria legale, sovrapponendo alla condizione conflittuale dello stato di natura “l’universo ordinato delle leggi”, poiché, in tal modo, di ciascuno potrebbe essere riconosciuto come “suo” solo quanto gli è virtualmente attribuito per le vie legali. E per far questo occorre attraversare fino in fondo il percorso che giunge alla stanza della teodicea, del diritto giustificato. La Scrittura ispirata può supportarci in questo quando afferma: “Tu sei troppo giusto, Signore, ... ma vorrei solo rivolgerti una parola sulla giustizia!” (*Ger* 12,1a).

Francesco Gentile ritiene che l’ufficio del giurista debba essere concepito essenzialmente come un “lavoro di conoscenza”, di “conoscenza del giusto nelle cose”, poiché non si può dare a ciascuno il suo senza sapere, come abbiamo già detto, quale sia il suo di ciascuno. E a questo fine il giurista opera dialetticamente, poiché la pretesa di ciascuno al suo diritto si configura — e può essere sostenuta come domanda di essere rispettato in ciò che lo diversifica personalmente dagli altri — sulla base della disposizione con gli altri.

L’esigenza di una illuminata giustizia, «ispira il riconoscimento di differenze inobliterabili»<sup>44</sup>: non c’è giustizia senza verità, né verità senza giustizia! Tale è la lezione di Giambattista Vico che proclamava: «Verus Deus; ut verae religionis, ita veri iuris, verae iurisprudentiae principium est»<sup>45</sup>. Vico intuì fra l’altro che è impossibile scindere lo *ius* dall’*idea veri*, la cui *vis* è il sostegno della *societas*. E da questa lezione non si è distaccato il professor Gentile.

## NOTE

1. Cfr. A. Berardi, *Gli strumenti per affrontare il viaggio*, in F. Gentile, *Filosofia del Diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova 2006, pp. 10-21.
2. Ulpiano, *Digesta* I, I, 1.
3. Cfr. F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo nella formazione del giurista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008, pp. 24-29. Gentile, rifacendosi al suo maestro E. Opocher, riconosce che il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità e denuncia la crisi del diritto come una crisi della verità del diritto. La verità giuridica, spesse volte, viene contrapposta erroneamente alla storia come una mera forma priva di contenuto, pretendendo di guidare e garantire l’azione o la prassi giuridica prescindendo dalla sua stessa verità o rinunciando alla consapevolezza di questa verità.
4. *Ib.*
5. *Odissea*, 14, 84.

6. *Respulica*, 331.
7. *Rethorica*, 1, 9.
8. *De finibus*, 5, 23.
9. *De officiis*, 1, 24.
10. *De civitate Dei*, 5, 23.
11. *Summa Theologiae*, II-II, 58, 1.
12. Cfr. in merito due saggi: U. Pagallo, *La variante transfinita della geometria legale: Leibniz e l'“algebra giuridica”*, in M. Ayuso Torrés (ed.), *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 342-357; M. Ayuso Torrés, *De la geometría estatal al redescubrimiento de la política. Notas sobre la obra del profesor Francesco Gentile*, in A. Favaro (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea. Atti del convegno internazionale (Padova, 22 novembre 2013)*, Giuffrè, Milano 2016, pp. 37-49.
13. T. Hobbes, *Leviatano* (1657), La Nuova Italia, Firenze 1976, pp. 153-154.
14. F. Gentile, *Le jeu politique du promeneur solitaire*, in AA. VV., *Jean Jacques Rousseau et la crise contemporaine de la conscience*, Beauchesne, Paris 1980, pp. 325 ss.
15. Idem, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento canonico*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 89-100.
16. Cfr. F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 118-127.
17. *Ibid.*, p. 168.
18. M. Villey, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Cantagalli, Siena 2009, p. 39.
19. Cit. in O. De Bertolis, *Elementi di antropologia giuridica*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2010, p. 30.
20. Cfr. O. De Bertolis, cit., p. 28.
21. H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tr. it., in A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990, pp. 33-34.
22. Platone, *Politeia*, 285 a-b.
23. F. Gentile, *Ordinamento giuridico fra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2005, p. 123.
24. Cit. in Idem., *Politica aut/et statistica*, cit. p. 173.
25. Sul vuoto formalismo della *Grundnorm*, cfr. le approfondite e sottili analisi di V. Posenti, *Il nichilismo giuridico. L'ultima parola?* Rubbettino, Soveria Mannelli 2012, pp. 30-32.
26. F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 246.
27. *Ibid.*, p. 155.
28. Platone, *Politeia*, 369 c.
29. Idem, *Timeo* 89 e.
30. F. Gentile, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 147.
31. Cicerone, *De legibus*, I, 16-17.
32. M. Villey, *Il diritto*, cit., p. 38.
33. F. Gentile, *Filosofia del Diritto*, p. 174.
34. Cicerone, *De legibus*, I, 15-16.
35. *Ibid.*, II, 8-10.
36. *Ibid.*, I, 5, 17.



37. Ibid., II, 8.
38. L. Brunschwig, *La modalité du jugement*, Librairie Félix Alcan, Paris 1934, p. 215.
39. G. W. Leibniz, *Teodicea*, a cura di V. Mathieu, Zanichelli, Bologna 1973, pp. 3 ss.
40. Cfr. G. Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma 1936, pp. 347-348.
41. Cfr. S. Cotta, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia 1996, pp. 23-36.
42. Cfr. F. Gentile, *Filosofia del Diritto*, cit., p. 228.
43. A. Berardi, *Le cause di giustificazione: epoché dell'ordinamento (I)*, in M. Ayuso Torrés (ed.), *Dalla geometria legale-statualistica*, cit., p. 161.
44. N. Petruzzellis, *Valori e libertà*, L.E.R., Napoli/Roma 1988, p. 514.
45. Cit. in N. Petruzzellis, *Valori*, cit., p. 216.

© 2019 Vito Serritella & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)