

Certezza del diritto e Legge. Dal magistero di Enrico Opocher e di Michel Villey

Andrea Favaro

Università degli Studi di Verona. Facoltà di Diritto Canonico “San Pio X” di Venezia
andrea.favaro@univr.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-43

Sommario

Il principio del “legittimo affidamento” si dice tuteli le situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un’aspettativa nel loro destinatario. La definizione, non del tutto pacifica, viene esaminata nel presente contributo e sottoposta a disamina critica, con particolare riferimento al suo fondamento comune in ordine al principio della “certezza del diritto”.

Parole chiave: certezza del diritto, principio del legittimo affidamento, prudenza, esperienza giuridica, stato

Abstract

The principle of “legitimate expectation” is said to protect subjective situations consolidated by acts of public authorities suitable for determining an advantageous position and generating an expectation in their recipient. The definition, which is not entirely peaceful, is examined in this paper and subjected to critical examination, with particular reference to its common foundation with regard to the principle of “legal certainty”.

Keywords: legal certainty, principle of legitimate expectations, prudence, juridical experience, rule of law.

INDICE

1	La “verità” del diritto esito delle procedure. Quale certezza?	814
2	Esperienza comune del giurista.	815
3	Sulla natura della <i>prudencia</i> , tra “tecnica” e “consiglio”	818
4	Le leggi e il diritto: il ruolo del sapere filosofico.	821

5 Conclusione. L'imperituro ruolo del giurista tra ordinamento, esperienza e coscienza.	823
Note	825

1 LA "VERITÀ" DEL DIRITTO ESITO DELLE PROCEDURE. QUALE CERTEZZA?

Spesso, nel recente passato ma pure nell'odierno presente, capita di cogliere nell'interlocutore (giurista e non) una sorta di fiduciosa consapevolezza (che figura ai più quale forma di rassicurazione di natura semi-paterna) per la quale la forma positiva rappresenterebbe "unico titolo della validità" del diritto, "pur necessaria a garantirne la certezza". Garanzia che, in questa sede ma non solo, può essere qualificata invero debole, proprio perché poggiante sull'eternamente cangiante *positum*.

Per inserirci direttamente nella questione proposta con la presente Comunicazione, potremmo mutuare le parole di un giovane studioso, Enrico Opocher che ben conosceva Sergio Cotta e pure Michel Villey, il quale ammoniva (già nel 1948): «Bisogna veramente 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 o, meglio, di quell'intima consapevolezza del proprio valore, senza di cui l'esperienza giuridica diviene cieca, non è più se stessa»¹.

Quali fossero poi i destinatari dell'attacco netto era ben chiaro al filosofo del diritto trevigiano: «Nessun elemento è forse più rivelatore, a questo proposito, del carattere puramente strumentale che il diritto ha assunto nella società moderna. Quasi completamente appoggiato allo stato o, meglio, alle mutevoli e troppo spesso irresponsabili volontà che, attraverso il mito dello stato, si esprimono dominatrici della vita sociale, quel diritto che altra volta era stato scultoreamente definito come *ars boni et aequi* si è andato sempre più riducendo ad uno strumento per fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura ad un mero strumento di potere. La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua validità, l'unico criterio della sua giuridicità e per questa via esso è divenuto l'indispensabile strumento per realizzare, perpetuare e giustificare la volontà dominante, per piegare e dirigere l'azione verso qualsiasi avventura, per assicurare validità oggettiva allo stesso arbitrio»².

Volontà statuale che viene quasi elemosinata (dal legislatore più o meno democraticamente regnante) al leguleio di turno, talvolta, a guisa di merce di scambio per la c.d. "certezza" del diritto, che se è "certezza" non è di sicuro giuridica, ma al più politico-istituzionale e così, democraticamente, eternamente cangiante.

Si tratta(va) di una rappresentazione acre (e non meno reale per questo) svolta da Opocher settanta anni fa (e tutta attuale) del vero *vulnus* del diritto contemporaneo ovvero l'assunto (mai dimostrato) per il quale «La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della validità di un determinato ordinamento giuridico, il senso della loro verità necessariamente si oscura, si relativizza, si dissolve nel gioco delle forze storiche. La legalità diviene il mero riconoscimento del fatto compiuto, il segno del prevalere di questa o quella forza sociale. (...) Il passaggio dal concettualismo al realismo o, se si vuole, dal normativismo puro all'istituzionalismo è esiziale per l'affermazione della verità giuridica, nel campo della scienza del diritto»³.

2 ESPERIENZA COMUNE DEL GIURISTA.

Nel gioco del diritto contemporaneo si riconosce sempre più una lotta tra visioni antropologiche diverse e contrapposte, le quali, però, per essere plausibili non possono non fare i conti con l'esperienza quotidiana del *suum cuique tribuere*, imperitura missione del giuridico.

Ecco che il diritto è *ars* dinamica, che non può avere solo la "forma" quale perno granitico cui poggiare teoresi e prassi, ma che è volta invece a investire sulla formazione del giurista, quale sacerdote di una *ars* tra le più antiche. L'apporto del giusperito non può però essere ridotto, come intendono i latori del nichilismo, a riferire quanto già contenuto nelle norme, ma viene versato nel pressante travaglio di riconoscere nel fine di ciascuna vicenda/fattispecie un riconoscimento più adeguato del giusto.

Il richiamo della giustizia, mutuando il magistero di Ulpiano che riassumeva appunto il ruolo del giurista nello *iustitiam colere*, potrebbe apparire anodino, quando non addirittura ondivago, se inserito nel contesto contemporaneo. E di per sé tale monito ha subito letture retoriche che non poco hanno contribuito nel far emergere la "necessità" di un nichilismo giuridico; d'altra parte, il ruolo che il giurista ulpiano è chiamato a giocare è/sarà di primo piano quando si situerà non solo dal lato della decisione della sanzione (*premiare o punitiva, poco importa*), ma anche quando farà costantemente ricorso alla ragione del fine dell'uomo dal lato della educazione alla giustizia.

Per favorire tale adesione spontanea (all'ordine) non si potrà non puntare sulla educazione ai fondamenti giustificativi di un ordinamento giuridico come quello attuale che non può (più) permettersi di illudere i consociati con adesioni fideistiche contingenti ed è chiamato ad indicare loro un fine (si direbbe oggi un obiettivo / una *mission*) in modo che questi uomini e donne possano dividerlo (o meno), ma non comunque subirlo come ingranaggi in una catena di montaggio.

Torna in tali termini l'imperativo del riconoscimento di un supporto (se non si vuol parlare di vero e proprio "fondamento") al diritto (e, così inevitabilmente, alla giustizia) che non può essere quello legale/democratico, ma preferisca il rinvio alla ragione tramite la prudenza.

Preso atto che l'urgenza del tema è stata a più riprese evidenziata⁴, purtroppo è onesto affermare che la stessa emergenza non ha ancora provocato un approfondimento teoretico adeguato.

La presente Comunicazione, per tutti i suoi evidenti limiti non solo di spazio (e tempo), non è in grado di delineare un quadro di analisi compiuto quanto di stimolarne problematicamente un suo futuro orizzonte delineandone una cornice generale. Difatti, se alcuni studiosi si sono dedicati in questi ultimi anni alla metodologia giuridica ed alla struttura argomentativa del diritto riuscendo in qualche caso a proporre come soluzione una funzione mistificatoria della retorica, pare esserci una vera e propria mancanza di riflessione circa la "prudenza in sè" che alla "*prudentia juris*" sta come il *genus* alla *species*.

Invero, tale *vulnus* può essere imputato a diversi fattori. Tra questi spiccano l'*illusione* di semplificare l'esperienza giuridica mettendo tra parentesi i concetti fondamentali dell'intersoggettività e la *volontà* di pianificare la complessità fornendo schemi virtuali, magari ipoteticamente ispirati alla *ratio juris* ma in realtà espressioni di un razionalismo di matrice illuministica, che si palesano insufficienti (oltre che inefficienti) una volta posti dinanzi al fluire della realtà.

Inoltre un ulteriore e non meno importante fattore è relativo al progressivo depauperamento subito dal termine *prudencia*, a causa del quale questa stessa virtù viene ad essere assimilata all'arte del temporeggiare, del non compromettersi, o tutt'al più ad una specie talmente rara e ardua di fine saggezza per le occasioni straordinarie che pare irraggiungibile per l'essere umano⁵.

Questi fattori sono divenuti un poco alla volta parte integrante anche degli ordinamenti giuridici odierni e si palesano al contempo debitori di una impostazione già denunciata quale "geometria legale"⁶, dalla quale, a questo punto, è opportuno partire per poter iniziare la disamina.

La prospettiva c.d. "geometrica", tuttora presente nell'odierno panorama giuridico, ricava le proprie radici in tempi non recenti. La sinteticità che concede la presente Comunicazione permette almeno di evidenziare perché la prospettiva geometrica non riesca a cogliere l'essenza del diritto e quindi non sia in grado di offrire risposta alla richiesta che ciascuna persona pone affinché gli venga riconosciuta il proprio ruolo singolare (e irripetibile) all'interno della relazione intersoggettiva.

Nella sostanza, ciascun soggetto umano, a prescindere dall'orizzonte filosofico (e non solo) di riferimento, è preordinato a svolgere la propria esistenza in un insieme di relazioni intersoggettive (comunità politica) e, quindi, un ordinamen-

to giuridico in cui esprimere la propria identità tutta avviluppata nella logica del riconoscimento reciproco (con l'altro).

È un dato di fatto che, anche nel più ingiusto dei mondi (che ci ricorda Leibniz essere comunque il migliore tra quelli "possibili"), finanche in una società di delinquenti, permanga la nozione generale di giustizia, «la costante e ferma volontà di dare a ciascuno il diritto che gli spetta», come delineò già Ulpiano qualificando così il tema del "riconoscimento" in ambito giuridico-politico.

Siamo latori dell'opinione che, qualunque siano l'indole e la funzione⁷ che al diritto si intendano attribuire, non se ne può disconoscere il legame che lo vincola alla realtà e, precipuamente, ai suoi (eventuali) conflitti. È dunque evidente come la questione in esame non possa utilmente appellarsi ad un interesse meramente storico e ricostruttivo, finanche imprescindibile, ma chieda al contrario una fatica teoretica ulteriore, finalizzata alla comprensione di come il tema della scientificità giuridica si possa porre oggi e di come esso si intrecci con quello della naturalezza del diritto e del suo fondamento trascendente ovvero della sua assoluta contingenza.

Stimolo cardine di una ricerca tanto improba da apparire illusoria, rimane il monito di Paolo Grossi che ricorda a tutti i giusperiti come «in ogni branca dello scibile giuridico il giurista più vivace sente il bisogno di affrontare temi di fondazione e di rifondazione del proprio sapere»⁸. In tal modo intendiamo sin da subito confessare il punto di partenza: verificare nel concreto dell'esperienza umana se il diritto in quanto tale possa configurarsi come uno strumento valido per offrire un criterio razionale alle relazioni intersoggettive che non sia fondato in virtù di un mero rapporto di forza, perché riteniamo anche oggi giustificata l'affermazione per cui «un'elaborazione ordinata della epistemologia delle scienze umane richiede la esplicitazione di due premesse fondamentali, [...] l'esistenza dell'uomo e l'esistenza della società»⁹.

Nella prospettiva geometrica emerge, invece, come la legge sia l'unica fonte dell'ordinamento delle relazioni in quanto costituisce espressione della volontà sovrana, e si paleserebbe quale «voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica e gli insegna ad agire secondo le massime del suo giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso» (J.J. Rousseau, *Discours sur l'économie politique*).

Scontato anche questo presupposto non risulta fuori luogo, quindi, la presa di posizione del massimo geometra moderno del diritto, Hans Kelsen per il quale il diritto è (solo) norma. Alle orecchie del giurista "pratico" la prospettiva potrebbe suonare come ovvia, avvezzo com'è a sentir parlare solo di leggi scritte, dalla costituzione all'ultimo regolamento amministrativo, ma occorre tener presente che parte del lavoro di chi svolge un'indagine teoretica è legittimamente costituita dal problematizzare e riflettere anche su quelle che tutti paiono ormai accettare (se non subire) come "certezze" assolute.

Tale orizzonte, secondo il quale, come detto, il diritto non sarebbe in alcun modo una dimensione autentica, *rectius* naturale, dell'esperienza umana, è frutto di una precisa antropologia, la quale non a caso emerge in modo affatto evidente nel dibattito odierno sul sapere scientifico; è un'antropologia, in estrema sintesi, che delinea una dimensione contemporaneamente inautentica e categoriale dell'esperienza giuridica e che costituisce il presupposto sufficiente e necessario perché il diritto possa intendersi solo come norma positiva e la scienza del diritto manifestarsi perennemente in crisi.

Per superare questa prospettiva che giustificerebbe una situazione talmente urgente e apparentemente senza vie di uscita da essere da taluni ridotta a “nichilismo”¹⁰, è dunque preferibile partire dalla consapevolezza (umanamente necessaria) che quanto appare snodo irrazionale del tutto, risolto ingiusto e talvolta finanche malvagio, costituisce la semplice ma sempiterna denuncia dell'incapacità (o ignoranza) nel decifrare un disegno complessivo che sfugge alla ragione limitata dell'essere umano. Proprio perché, per dirla con Platone, «colui che cura il tutto ha tutto disposto della salvezza e le virtù dell'insieme di tutte le cose, egli ha altresì suddiviso l'insieme in parti affidate alle “divinità reggitrici che presiedono fino alla più piccola azione o passione, sempre, e ne realizzano fino all'estrema suddivisione la completezza del fine”»¹¹.

Procedendo nella disamina è dato ritenere che tale orizzonte possa mostrarsi adeguato per (ri)scoprire la razionalità della legge sotto l'egida della dimensione prudenziale dell'universo giuridico. Quanto affermiamo, peraltro, non pare che un modesto recupero e una rinnovata attualizzazione del magistero platonico.

A mero titolo esemplificativo, ma non per questo banale, nel dialogo dedicato alle questioni inerenti alla scienza del diritto e della politica, infatti, il filosofo greco applica alla teoria della legislazione la sua dottrina dell'etica e della politica come sapienza e scienza regia. La principale deduzione che se ne può trarre, se non erriamo, è un ruolo subordinato delle leggi positive, per loro natura generiche ed approssimative, rispetto alle direttive che possono scaturire dall'applicazione della rigorosa scienza pratica alla singola circostanza da parte di un saggio reggitore. Per essere coerenti, afferma Platone, anche se «in un certo modo è chiaro che la legislazione è parte dell'arte regia, [...] la cosa migliore è che abbiano forza non le leggi, ma l'uomo regale dotato di saggezza [...], la legge non potrebbe mai ordinare con esattezza la cosa migliore, comprendendo in sé ciò che è buono e più giusto per tutti»¹².

3 SULLA NATURA DELLA *PRUDENTIA*, TRA “TECNICA” E “CONSIGLIO”

Se negli ultimi paragrafi del paragrafo che precede abbiamo sintetizzato il riferimento al magistero platonico per evidenziare limiti e censure della prospettiva

geometrico-legale, sono questi stessi insegnamenti che permettono di aprire il discorso circa la natura della *prudencia juris*. Provocatoriamente, la riflessione comincerà dalla nota denuncia professata da Kelsen. «Di fronte a l'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 Gorgona del potere»¹³.

Per azzardare una replica alla affermazione kelseniana è necessario volgere lo sguardo al pulsare, quotidiano e per questo reale, dell'universo giuridico. Il desiderio di "diritto", ma potremmo dire pure di "giustizia", che l'uomo della strada possiede è anche oggi fortemente condizionato dall'ideologia che esso costituisca un fenomeno essenzialmente umano e razionale¹⁴. Nel mentre tocca sempre all'uomo della strada sperimentare in presa diretta che l'esperienza giuridica (che talvolta non vive, ma subisce) tutto è fuorché votata ad una razionalità coerente (decisioni "controverse", disposti normativi "l'un contro l'altro armati", ingiustizie senza spiegazioni, ammesso e non concesso che l'ingiustizia in sé possa essere razionalmente spiegata, etc.).

Sotto tale, non solo apparente, antitesi la *ratio juris* si palesa allora come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica¹⁵. Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna¹⁶, simile questione ha un eterno ritorno sempre e comunque anche all'interno stesso del mondo del diritto. D'altronde non pare facile uscire da questo circolo se è vero che, come Grossi descrive con la prosa efficacemente colorita che lo contraddistingue, «il sapere giuridico è avvertito come sapere dalla grande capacità ordinante a condizione che riesca a depurarsi di scorie contingenti e particolari e a sovrastare la incandescenza e mobilità della realtà fattuale con i propri schemi categoriali astratti»¹⁷.

«*Sapere ordinante*» e «*scorie contingenti*» si ergono quindi come i due fuochi dell'ellissi di un confronto inevitabile, anzi necessitato dall'esperienza stessa dove la "tecnica", più ancora che lo scientismo, pervade le strutture concettuali stesse del diritto e sembra dotarle delle stesse caratteristiche che sono (ormai) proprie del tecnicismo di matrice scientifico-galileiana. D'altronde, non possiamo non dirci, comunque, sereni nell'affrontare temi di tale importanza sol se teniamo a mente una premessa fondamentale ad ogni discorso sulla "tecnica" (anche nel diritto), che è quella succitata di Marino Gentile, che riportiamo di seguito per comodità di lettura: «la tecnica non indica, né vuole, né può indicare un vero fine: tutto ciò che essa porta, non può essere scopo che a se stesso, ma soltanto grado e mezzo per raggiungere qualcos'altro [...] e la tecnica non può determinare in

che cosa quest'altro consista»¹⁸.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto), costituisca una sorta di zona franca per l'autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non può più essere considerato come persona nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo senza dar conto riconosciuto della razionalità delle legge/decisione, ma formulando meri richiami sedicenti giustificativi a tecniche legislative. Nemmeno può dirsi che solo all'interno di una prospettiva eteronomica possiamo ricavare delle regole giuridiche poichè «nell'espressione autonomia, classicamente, è [già] implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola»¹⁹.

“Disposizione”, non imposizione; “disposizione” che è implicita nell'autonomia, ma che proprio perchè viene compresa nella stessa, non può con la medesima sussistere un rapporto di piena e adeguata identità, perchè l'autonomia comprende la disposizione e al contempo la trascende. Peraltro, disposizione non convenzionale, ma reale, come risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale è sempre determinata da regole poste, ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti che ne sono parte attiva siano disposti a seguirle realmente e non virtualmente.

D'altronde, quanto abbiamo cercato di esporre in merito alla necessaria riflessione “tecnica” nel campo della *Jurisprudencia* compendia il perennemente arduo equilibrio tra anomia ed eteronomia, dove si riassumono e nel contempo sfumano tutti i contrasti epocali al cui interno si è dipanata l'esperienza giuridica. In molte di queste dispute, difatti, l'opzione *media* per l'autonomia si è palesata sicuramente nei tempi quale strada maestra per il recupero del senso originario e non contingente del diritto, l'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana, come la “certezza” nel concreto del diritto. Con una endiadi: il *consiglio* nel *giudizio*.

L'affermazione poi del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, non permette di distogliere lo sguardo dalla difficoltà insita nel paradigma (*rectius* nella definizione dei suoi contorni), visto che «dall'autonomia si è posti di fronte al punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica»²⁰. Assunto così il giogo della sfida pratica e teoretica all'unisono, ciò non elide in nulla l'affermazione del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, la quale delinea una visione del diritto come regola di “certezza” solo nel momento concreto in cui sia regola oggettiva, necessaria, originaria. *Oggettiva*, perchè riconosciuta come sussistente indipendentemente dal volere del singolo, che appunto subordina la propria volontà normativa al riconoscimento ermeneutico di un senso intrinseco nella realtà. *Necessaria*, perchè tesa a garantire la coesistenza dalle spinte disgreganti e conflittuali naturalmente presenti in essa, e radicate nella libertà che orienta la prassi del singolo. *Originaria*, perchè

tale dimensione del soggetto umano ha bisogno di una struttura di fondamento all'interno della quale essere garantita nella sua stessa condizione di possibilità, uniformando l'esistenza singolare alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.

4 LE LEGGI E IL DIRITTO: IL RUOLO DEL SAPERE FILOSOFICO.

Tentando il balbettio di una disamina dal carattere evidentemente interlocutorio, per alzare il velo sulle aporie della geometria legale senza chiudere gli occhi, sono necessari un abito radicalmente problematico, quale solo un autentico amore per il sapere (*vera nisi fallor non simulata philosophia*) è in grado di propiziare, 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 d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliarsene 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» (*Polit.*, 285 a-b).

Scoperta la definizione platonica di dialettica si palesa già annunciata la dimensione *prudenziale* dell'essenza del giuridico.

Se i maestri di spirito hanno sempre consigliato la perfezione dell'ordinario fluire delle azioni umane attraverso l'adagio "*Age quod agis*", anche in questa sede pare utile mutuarlo quale consiglio per l'esercizio della prudenza nell'universo giuridico. Se la Prudenza può essere definita come «la regola concreta, la "recta ratio", la giusta misura dell'agire virtuoso»²¹ e il diritto è un umano agire, la prudenza stessa è la reale "razionalità del diritto". Razionalità che deve essere incontrata con sollecitudine proprio nell'esperienza concreta, come insegna Tommaso d'Aquino²². Difatti è proprio l'essenza del giuridico che è scoperta nel fluire quotidiano delle relazioni intersoggettive. In questa immersione nel concreto, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere sia etico che professionale, pare particolarmente conveniente evidenziare quale importanza di primo grado possieda la "prudenza" nella comunità politica e nel diritto.

Seguendo tale iter argomentativo, calandosi quindi filosoficamente nel "pulsare dell'esperienza umana", all'operatore giuridico di ogni tempo è dato lo strumento per 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*. Se avessimo l'autorevolezza per formulare brocardi, potremmo osare un "*Veritate non auctoritate dicitur ius*". «L'ufficio del diritto o del giurista – infatti, come nota suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini roma-

ne del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle *quaestiones* tomistiche²³ — dev'essere concepito essenzialmente come un lavoro di conoscenza: conoscenza del giusto nelle cose. La giusta proporzione dei benefici e dei carichi in un gruppo sociale (mediante cui si determina la parte che spetta a ciascun litigante) è cosa che è, che il giurista per la sua funzione specifica dovrà accertare e dire *all'indicativo*»²⁴.

Ci si trova così di fronte al nodo problematico radicale dell'esperienza giuridica, posto dal rapporto tra intelligenza e volontà, tra concetto e precetto, tra verità e virtualità, tra indicativo e imperativo, tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità, poiché non si può attribuire a ciascuno il *suo* senza sapere quale sia il proprio di ciascuno, ma, nel medesimo tempo, non basta avere nozione di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo.

Dopo aver evidenziato come razionalità e prudenza di per sé non si mostrino antitetiche, ma piuttosto complementari nell'orizzonte del nesso tra autorità e giustizia, pare adeguato il monito per il quale nell'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo (Villey). Di conseguenza, in termini giuridici per ristabilire la relazione tra i litiganti la prudenza di un (giusto) *imperativo* non può che uscire dalla realtà di un *indicativo*. Ma con quale strumento? Non per deduzione logica né per induzione ipotetica e ideologica. Il genio dei giuristi romani aveva già rivelato all'umanità la via dialettica²⁵ della *Iuris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit*.

La *quaestio* sarà quella di riuscire a comprovare come anche nell'ordinamento giuridico la *prudentia* debba costituire la misura del volere (legislativo)²⁶, ma soprattutto dell'agire (giurisprudenziale) allo stesso modo in cui la misura della prudenza è la *ipsa res*, la cosa stessa e che il conformarsi del volere o dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere o dell'agire all'essere, o natura, delle cose²⁷.

Collegando tali riflessioni ai temi maggiormente studiati dalla filosofia del diritto contemporanea, ovvero su significato/significante della norma avendo il fine di raggiungere una maggiore scientificità del diritto, si innesta in modo più o meno evidente su un paradigma filosofico che vede nel diritto qualcosa di assolutamente contingente, storico, fondato unicamente sull'accordo dei *cives* o sulla volontà del legislatore.

Quel che si tenta di affermare è che riflettere ancora una volta sul fondamento del diritto, in sunto, può costituire la premessa migliore per aprire un discorso sulla scientificità *tout court* e sui confini che tale concetto assume in una prospettiva giuridica e filosofica, onde carpire se e in che modo un ordinamento riesca a tenere fondanti e vincolanti per esso taluni criteri oggettivi, al di là, *rectius* a prescindere, della contingente volontà del legislatore o degli esiti delle procedure democratiche.

Dopo aver offerto pochi cenni circa i limiti, non sempre autoevidenti, che comporta il radicamento del giuridico in qualcosa di “altro” rispetto alla “natura delle cose”, la disamina ha come obiettivo la verifica della necessaria centralità della “ragione” nell’ordinamento delle relazioni intersoggettive, per cui, laddove si stabilisca alcunché *contra rationem*, neppure la norma giuridica potrà pretendere di essere debitamente “obbedita”.

Si è già osservato come i giuristi “*veram philosophiam affectantens*” debbano necessariamente porsi il problema della nascita del diritto, e in questa dinamica sempre più dovranno dedicarsi con particolare attenzione ai profili irrazionali, *rectius* non programmati, dell’azione umana, e alla partecipazione di questa al processo di conoscenza dell’esperienza giuridica. Il formalismo giuridico non tiene conto che la norma è qualcosa che “accade” nella società, ossia è «un insieme di eventi psicologici a cui corrispondono comportamenti osservabili, e non semplicemente una proposizione o un insieme di proposizioni linguistiche»²⁸. Più di qualche interesse, allora, può rivestire una riflessione sulla figura del “giudice” e soprattutto sul ruolo che la giurisprudenza gioca nella prospettiva ordinamentale di matrice giusnaturalistica.

5 CONCLUSIONE. L’IMPERITURO RUOLO DEL GIURISTA TRA ORDINAMENTO, ESPERIENZA E COSCIENZA.

All’interno di tale quadro, il ruolo sociale che il giurista può inverare è decisivo: assumere l’arduo giogo di evitare l’incoerenza dell’ordinamento tramite il ricorso quotidiano e non per questo meno importante alla *prudentia*; in sostanza, al giurista spetta il compito di sfruttare il proprio ruolo ermeneutico (e lo potrà evidentemente fare tanto come studioso quanto come giudice) per rendere compatibile quella regola particolare col principio generale che l’ha giustificata e, almeno implicitamente, fondata.

A tal fine, probabilmente, perfino Hayek invocava una comunione d’intenti tra giuristi: «se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l’intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l’intero insieme»²⁹.

In questo clima, a ben vedere, il giurista partecipa di una autonomia tale che può assumere il ruolo sia del rivoluzionario che del conservatore; a lui e alla sua coscienza, in unione razionale con la comunità degli altri giuristi, ma soprattutto degli uomini che nell’esperienza giuridica si relazionano autenticamente, toccano le sorti del diritto nell’esperienza. Perché pure per il giurista odierno la coscienza è il pertugio non sempre evidente attraverso il quale l’eterno emerge nel tempo.

D'altra parte abbia l'obbligo di fuggire pregiudizi e fraintendimenti e così renderci conto che, soprattutto oggi, «si scambia per coscienza uno stato emozionale di preferenza o di ripugnanza, rispettabile se sincero, ma che come ogni stato emozionale è, se mai, la materia su cui si esercita il giudizio della coscienza»³⁰.

Volendo attenerci al magistero dei classici, se è necessario non confondere “coscienza” con “prudenza” è pure opportuno per dar risvolto pratico a teorie realistiche verificare come questi due profili (coscienza e prudenza) possano interagire tra loro e così poter valutare nel concreto se i richiami alla “coscienza” (diritto di resistenza / obiezione di coscienza) da parte di un soggetto umano/soggetto giuridico possano (o meno) essere ritenuti giustificati e validi. Su questo fronte dalla difficoltà enorme ci possiamo così chiedere se tale interazione coscienza/prudenza possa essere espressione del fatto che la coscienza possa identificarsi con le virtù che Tommaso considera parti potenziali della prudenza stessa³¹. Tali virtù (che Tommaso recupera da Aristotele) sono la *eubulia*, che è la virtù del buon consiglio; la *synesis*, che è preposta al giudizio dei casi ordinari; la *gnome* che regola il giudizio nei casi eccezionali/imprevedibili/difficili (noi giuristi diremmo gli *hard cases*).

A ben vedere, visto che la “coscienza” si esprime col criterio del “giudizio”, la questione che stiamo affrontando per sviluppare prossime linee di ricerca in ambito di *prudentia juris* si incentra su *synesis* e *gnome*. Sul punto possiamo recuperare il magistero di uno dei teologi tomisti più capaci che permette di pennellare l'orizzonte teoretico della conclusione di questa mia Relazione già con un certa precisione che sarebbe superbo riferire con parole altre e così riporto fedelmente quelle dello spagnolo Santiago Ramirez: «La coscienza si distingue dalla prudenza come un atto si differenzia dall'abito virtuoso che dispone e muove a formarlo. Il dettame della retta coscienza ha sempre come principio formale immediato la virtù della prudenza, non certo nella sua attuazione ultima di ordinare con efficacia l'edecuzione dell'azione buona, ma nella sua attuazione previ e prevalentemente intellettuale in quanto abilita con la *synesis* e la *gnome* al retto giudizio delle cose pratiche. Così insegnano comunemente i teologi tomisti: con esso la coscienza retta è sempre un atto di virtù, come quella cattiva e deformata procede dal vizio contrario dell'imprudenza»³².

Tendendo una perifrasi che sia conclusiva e sintetica, potremmo sottolineare come il giusto si invera nel prudente (del giudizio della coscienza del giudice) e anche nel razionale. E così il positivo (della legge) potrà intrecciarsi col realmente naturale³³.

Parole queste che alcuni censurerebbero come azzardate, al più balbuzienti, di certo restano raramente utilizzate (e forse a ragione), ma nel recuperare la cifra opocheriana del “laicismo giuridico” non pare che altre parole in ordine al fondamento della “certezza del diritto” e dell'affidamento emergano quali baluardi meno balbuzienti, per nulla azzardati. Anzi.

Probabilmente, quindi, con serena umiltà, il presente del diritto palesa meno parole forti di quel che si illude di avere (che non siano quelle di una fatua retorica) e più dubbi di quel che ritiene di aver risolto. Probabilmente, dal balbettio fondato di ieri è ancora oggi utile cogliere portato e senso (di certezza e di affidamento).

NOTE

1. E. Opocher, *Il diritto senza verità, Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Cedam, Padova 1950, I, p.182.
2. *Op. cit.*, p.181.
3. *Op. cit.*, p. 185.
4. Cfr., *inter alios*, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001.
5. Pare utile evidenziare sin dal principio, invece, che concordiamo con l'opinione per la quale non vi è virtù più ordinaria della *prudentia* come ci ha insegnato San Tommaso d'Aquino quando ricorda che «*prudentia est virtus maxime necessaria ad vitam humanam. Bene enim vivere consistit in bene operari. Ad hoc autem quod aliquis bene operetur, non solum requiritur quid faciat, sed etiam quomodo faciat; ut scilicet secundum electionem rectam operetur, non solum ex impetu aut passione*» (San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 57, a. 5).
6. Il richiamo è all'accezione suggerita da Francesco Gentile dalla quale è facile intuire un relazione di sinonimia tra "geometria (legale)" e "positivismo giuridico" (come ha peraltro già rilevato anche F. Casa, *Sulla giurisprudenza come scienza*, Cedam, Padova 2005, p. 66, nota 215). Per "geometriche", in ambito giusfilosofico, si intendono le dottrine che prediligono un approccio essenzialmente scientifico allo studio del diritto, con la conseguenza che le teorie scientifiche così inventate saranno "operative", ovvero elaborate sulla base di fini predefiniti che «vengono prima della teoria e ne condizionano le "ipotesi"» (*ibidem*), e convenzionali, perché il frutto «di deduzioni rispetto a ipotesi aproblematicamente poste» (*ibidem*). A fondamento di una tale impostazione del sapere/conoscere (cfr. M. Gentile, *Trattato di filosofia*, ESI, Napoli 1990, pp. 17-23) è insita l'assunzione di una netta separazione tra validità e valore del diritto. In merito alla problematica è utile riportare l'analisi di Carrino, per il quale «scienza formale per eccellenza non è affatto, com'è noto, la giurisprudenza (...), ma la matematica pura e la geometria, per le quali soltanto è concessa una grande libertà nella costruzione di mondi apparenti e di forme secondo la loro interna perfezione. E appunto la matematica è il modello della *Reine Rechtslehre*, per cui il metodo giuridico "diventa quello della pura matematica razionale". La giurisprudenza è una "geometria del fenomeno giuridico totale"» (A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, ESI, Napoli 1987, pp. 61-62).
7. Circa una disamina sulla *funzione* del diritto, interessanti rimangono le osservazioni di S. Cotta, *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un'analisi onto-fenomenologica)*, in «RIFD – Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», (1973), pp. 398-412. Si confronti con N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, Milano 1977.
8. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè Milano 2000, p. 22. Lo storico prosegue asserendo «e di farlo elevando il tono della voce. I tem-

- pi appaiono fertili anche se molti semi si isteriliranno e avranno vita nascosta o attecchiranno tardi».
9. P. Filiassi Carcano, *Epistemologia delle scienze umane*, in «Giornale Critico della Filosofia Italiana», 55 (1976), p. 166.
 10. Vedansi alcune tra le disamine più recenti: B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004; nonché il già noto ai più N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, e la recensione critica di O. De Bertolis, *Il "nichilismo giuridico"*, in «La Civiltà Cattolica», (2005), pp. 399-410; A. Punzi, *Può il giurista essere nichilista?*, cit., pp. 715 ss.; nonché già A. Carrino, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in «Democrazia e Diritto», (1987), soprattutto pp. 297-298.
 11. Platone, *Leggi*, (tr. it. a cura di A. Zadro), in *Opere complete*, Laterza, Bari-Roma 2001, vol. VII, 903 B-C, p. 342.
 12. Cfr. Platone, *Politico*, in *Opere complete*, cit., 294 a-b.
 13. H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig 1927, III, p. 55; tr. it. in A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, ESI, Napoli 1990, pp. 33-34.
 14. Cfr. quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni uno dei più acuti filosofi del diritto italiani, purtroppo deceduto prematuramente: L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, pp. 40-58.
 15. Cfr., *inter alios*, N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.
 16. Vedansi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*, B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004; Id., *Scienza giuridica senza giurista*, cit.; nonché il già a tutti noto N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit..
 17. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 281.
 18. M. Gentile, *Umanesimo e tecnica*, cit., p. 175.
 19. Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2005, p. 37.
 20. F. Gentile, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 225. Circa il rapporto tra Enrico Opocher e il "punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica" Gentile svolge dei tratteggi poco noti ai più nel commemorare il suo Maestro all'Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti in Venezia nell'Adunanza accademica del 18 marzo 2005 (cfr. F. Gentile, *Enrico Opocher*, in «L'Ircocervo», 1 (2005), rinvenibile in www.filosofiadeldiritto.it e poi ripresa pure in «RIFD – Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXXII (2005), pp. 215-234. In tale contributo si propone un riordino dell'*excursus* teoretico dell'Opocher e sin dal principio pone in evidenza come la cifra primigenia della ricerca opocheriana verta sul tema della "individualità" così come posto dal Fichte (cui il giusfilosofo trevigiano dedicherà la prima monografia redatta a trent'anni, cfr. E. Opocher, *G.A. Fichte e il problema dell'individualità*, Cedam, Padova 1944, ma al cui pensiero Opocher aveva già dedicato due saggi ancora più giovanili) e come interpretato dal Maestro di Opocher, Adolfo Ravà che, suo malgrado a causa delle legge razziali che lo accantonarono nel 1938 in congedo obbligatorio, lasciò in eredità non solo i propri pensieri sull'irrazionalità fichtiana a Enrico Opocher (vedasi come i suoi saggi siano datati *et pour case* nel 1937 e nel 1940) e, suo tramite, al di

- lui allievo Antonio Negri (cfr. A. Negri, *Alle origini del formalismo*, Cedam, Padova 1962). Ci si permette in questa sede un rinvio per approfondimento a A. Favaro, *Note d'appunti sull'autonomia del singolo ovvero sul punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica*, in F. Gentile, *Filosofia del Diritto*, ESI, Napoli 2017, pp. 415-455.
21. T. Centi, *Introduzione a Tommaso d'Aquino, La Somma teologica*, cit., p. 215.
 22. S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 9 dove recuperando il magistero di Aristotele, l'Aquinate ricorda: «certitudo non est similiter quaerenda in omnibus, sed in unaquaque materia secundum proprium modum». Quia vero materiae prudentiae sunt singularia contingentia, circa quae sunt operationes humanae, non potest certitudo prudentiae tanta esse quod omnino sollicitudo tollatur».
 23. Sarà interessante nel prosieguo della presente Ricerca riflettere su come la *quaestio* scolastica affondi le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. E. Ancona, *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, «L'Ircocervo», 2 (2008), rinvenibile in www.filosofiadeldiritto.it.
 24. M. Villey, *De l'indicatif dans le droit*, «Arch. phil. droit», 19 (1974), p. 39.
 25. Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W. Waldstein, *Saggi sul diritto non scritto*, tr. it., Cedam, Padova 2002 e U. Vincenti, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Cedam, Padova 2003.
 26. D'altra parte, non è forse Tommaso ad insegnare che «Unde oportet quod ille sit praecipuus actus prudentiae qui est praecipuus actus rationis agibilium. Cuius quidem sunt tres actus. Quorum primus est consiliari [ndt: deliberare] [...]. Secundus actus est iudicare [...]. Sed pratica ratio, quae ordinatur ad opus, procedit ulterius, et est tertius actus eius praecipere: qui quidem actus consistit in applicatione consiliorum et iudicatorum ad operandum. Et quia iste actus est propinquior fini rationis practicae, inde est quod iste est principalis actus rationis practicae, et per consequens prudentiae» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 8).
 27. Come insegna Cotta «Il tema della *verità* [...] è dominante [...] proprio nel momento più altamente critico della giuridicità: quello in cui la controversia (privata...pubblica...) mettendo a confronto convinzioni veridiche e interpretazioni diverse e opposte, solleva la questione della verità della legge da applicare e quindi della sua vigenza» (S. Cotta, *La legislazione tra il divino e l'umano*, in A. Filipponio, R. Coppola, *Diritto divino e legislazione umana*, Giappichelli, Torino 1998, p. 25).
 28. B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003, p. 162.
 29. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 87.
 30. G. Capograssi, *Obbedienza e coscienza*, in «Foro Italiano», vol. LXXIII (1950), Fasc. V-VI, p. 11.
 31. Il tema viene investigato anche nella «Introduzione» al trattato tommasiano sulla Prudenza nella nota edizione di Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, ESD, Bologna 1984, vol. XVI, pp. 203-217.
 32. In Tommaso d'Aquino, *Suma Teologica de S. T. de Aq.*, Madrid 1947, vol. VIII, p. 730.
 33. Per un approfondimento e nel contempo per un collegamento a quanto si va esponendo nel testo, vedasi l'analisi generale di R.M. Pizzorni, *Sulla nozione di diritto naturale*, in «Aquinas», 1970, pp. 113 ss. Per una disamina introduttiva circa quel che nel testo si intende per «diritto naturale» vedansi: J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990, soprattutto per la disamina al cap. VIII circa «La

scienza del diritto naturale” (pp. 193-199); M. Villey, *Dialectique et droit naturel*, «RIFD – Rivista internazionale di Filosofia del diritto» (1973), pp. 821-831.

© 2019 Andrea Favaro & 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](#)