

Il meccanismo di assicurazione nello stato moderno: la “sicurezza” del legittimo affidamento*

Andrea Favaro

ABSTRACT

Il saggio recupera il tema dello stato come “meccanismo di assicurazione”, che potrebbe oggi essere preferibilmente riconosciuto nella diffusa richiesta di certezza del diritto e ancor più nel principio di affidamento. Per superare la crisi l'Autore propone di recuperare il paradigma della “prudentia iuris” così come potrebbe essere invero nella quotidiana attività dei giudici.

The essay retraces the theme of the state as an “insurance mechanism”, highlighting how today this system can be recognized in the common request for legal certainty and even more in the principle of entrusting (affidability). To overcome this crisis the Author proposes to recover the paradigm of “prudentia iuris” through the daily activity of the judges.

SOMMARIO

I. PREMessa. L'ASSICURAZIONE DELLO STATO NEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO. – II. AFFIDAMENTO DEL DIRITTO E FORMA DELLE PROCEDURE. SPUNTI CRITICI – III. LA PROVOCAZIONE DEL NICHILISMO PER LA (MANCATA) “ASSICURAZIONE” DEL DIRITTO. – IV. ESPERIENZA COMUNE NELLA PRUDENZA DEL GIURISTA: QUALE UTILITÀ PER L'ASSICURAZIONE DELL'AFFIDAMENTO? – V. SULLA NATURA DELLA *prudentia*, TRA “TECNICA” E “CONSIGLIO”. – VI. PER UNA CONCLUSIONE INTERLOCUTORIA. LA “SICUREZZA” PRUDENTE DELL'IMPERATIVO NELLA REALTÀ DELL'INDICATIVO.

PAROLE CHIAVE

STATO COME MECCANISMO DI ASSICURAZIONE; PRUDENTIA IURIS; PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO; NICHILISMO GIURIDICO; ESPERIENZA GIURIDICA; FRANCESCO GENTILE.

KEYWORDS

STATE AS AN INSURANCE MECHANISM; PRUDENTIA IURIS; PRINCIPLE OF ASSIGNMENT; LEGAL NIHILISM; LEGAL EXPERIENCE; FRANCESCO GENTILE.

I. PREMessa. L'ASSICURAZIONE DELLO STATO NEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO

“Partendo, dal tema che potremmo definire “lo stato come meccanismo assicurativo”, notiamo, innanzitutto, che le due figure politico-giuridiche che hanno dominato il panorama delle teorie dell'ordinamento politico-giuridico, da quando il metodo geometrico si è affermato, sono le figure dello Stato di Diritto e dello Stato Sociale, che, in realtà, costituiscono due facce dell'idea della società organizzata come una compagnia di assicurazione”¹.

* Il Contributo rielabora il testo dell'intervento esposto all'Università degli Studi di Udine il 29 novembre 2018 in occasione del Convegno “Il sovrano e la legge. Attualità

In tali termini, semplice ma efficaci, Francesco Gentile smascherava uno degli inganni quotidiani che lo stato contemporaneo cela tra le viscere proprie della c.d. “geometria legale”.

Nascondimento propriamente accolto dai consociati in ordine a quella che Gentile qualificava come sicurezza-assicurazione, la quale determina una sorta di accondiscendenza da parte del cittadino alla privazione della sua connaturata autonomia. Oggigiorno tale accondiscendenza “retribuita” pare ergersi a rinnovate pretese, maggiormente “giuridiche” e che prendendo spunto dall’endiadi ormai consolidata (della sicurezza-assicurazione) “dalla culla alla bara” si estende e diffonde alla previsione quotidiana del diritto (se non del giudizio) volgendo la pretesa di ottenere dallo stato una “legge affidabile”, ovvero poter sbandierare un “legittimo affidamento”.

Il principio del “legittimo affidamento”, com’è normalmente riportato, 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. Si tratta di una definizione non del tutto pacifica che necessiterà di un particolare disamina, in particolare avendo riguardo al suo fondamento comune in ordine al principio della “certezza del diritto”.

I due paradigmi, infatti, per quanto connessi, lungi dall’essere giustapposti, sono suscettibili di essere distinti sotto molteplici profili benché non manchino gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che tendono a sovrapporli e a risolvere le problematiche sottese alla tutela di affidamenti legittimi nella necessità di garantire la certezza del diritto, l’affidabilità e la stabilità dell’ordinamento giuridico. Del resto, è questa la prospettiva accolta nell’ambito dell’ordinamento tedesco, ove il principio in parola è stato ricostruito quale corollario del principio di certezza del diritto e articolazione del principio dello stato di diritto².

della geometria legale” (dove sono stati presentati anche gli Interventi dei Professori Elvio Ancona, Federico Casa, Marco Cossutta e Alberto Scerbo).

1 F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno*, Napoli, 2017, p. 129.

2 C. Fraenkel-Haberle, *Poteri di autotutela e legittimo*

Ciò detto, occorre sottolineare la natura eminentemente trasversale e probabilmente politico-filosofico-giuridica del principio di cui si discute. Trasversalità che può definirsi, infatti, finanche doppia, atteso che questa è tanto ordinamentale quanto disciplinare.

In questi termini potrebbe darsi dell’affidamento (e della certezza giuridica) una ermeneutica plurale che in questa sede si propone di cogliere nel paradigma ugualmente trasversale della *prudencia iuris*, qui assunto quale imperituro ostacolo al dipanarsi sottile e non meno efficace del c.d. nichilismo giuridico, che non poco ha condizionato i principi di “certezza” e “affidamento”.

Ecco che emergerà nitida la insufficienza sistemica di qualsivoglia sicurezza-assicurazione formalmente posta dallo stato di turno a intendere la esigenza di “affidamento” giuridico.

II. AFFIDAMENTO DEL DIRITTO E FORMA DELLE PROCEDURE. SPUNTI CRITICI

Nella sua prima lezione da neovincitore di concorso³ il giovane Enrico Opocher 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»⁴. 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

affidamento, il caso tedesco, Trento, 2008, p. 18 ss.

3 Cfr. sul punto F. Gentile, *Ricordo di Enrico Opocher*, Venezia, 2006.

4 E. Opocher, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, I, p.182.

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»⁵.

Volontà statale che viene quasi elemosinata (dal legislatore più o meno democratico) al leguleio di turno, talvolta, in 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.

Forma positiva come "unico titolo della validità" del diritto, "pur necessaria a garantirne la certezza". Garanzia invero debole, quando non inesistente, proprio perché poggiante sul solo *positum*.

Diritto positivo operativamente utile a costituire "certezze" e assicurare "affidamento", in virtù di quello che sempre Opocher definisce il «laicismo giuridico, ossia la pretesa di isolare l'esperienza giuridica dalla complessa trama dei problemi, delle istanze, delle certezze implicite nell'azione (...). Giacché il laicismo giuridico esclude di per sé ogni possibilità di cogliere nella sua concretezza la verità giuridica, implica una rinuncia alla consapevolezza di questa verità, porta, se spinto fino alle sue estreme conseguenze, all'inaudita pretesa di guidare e garantire l'azione, prescindendo dalla sua stessa verità»⁶. E si noti come "laicismo giuridico" altro non fosse che il termine contemporaneo dell'odierno "nichilismo giuridico".

Attraverso il significato di tale endiadi occorre dunque passare per proseguire opportunamente la presente disamina circa le

⁵ *Idem*, p. 181.

⁶ *Idem*, pp. 188 e 189 *passim*.

inevitabili inefficienze (nelle quali la disamina di un Francesco Gentile sarebbe di certo stata in grado di riconoscere delle "aporie") di un sistema di assicurazione dell'affidamento.

Il fenomeno del nichilismo giuridico, non risulta invero essere mai stato compiutamente analizzato, almeno nella penisola italiana, ma è foriero di evocazioni suggestive «nel sentire comune del giurista non specialista di teoria generale»⁷ ed è divenuta una espressione corrente cui spesso non si è in grado di associare una identità univoca.

Se, difatti, la questione in sé sul "nulla" ha la stessa età del pensiero umano, visto che almeno da Parmenide si possono declinare studi sul "tramonto dell'essere" (Severino), il nichilismo è stato artatamente plasmato in modi tanto diversi da evocare consistenti contrapposizioni, come già confermato da Junger col suo «il nichilismo appartiene oggi ai concetti confusi e controversi»⁸. Sull'oggi, poi, il nichilismo viene giustificato dal dilagare della "tecnica" (M. Heidegger-M. Gentile) e però l'origine del suo affermarsi viene, a seconda degli studiosi, versata sull'aver posto al centro il (solo) soggetto o, al contrario, l'aver dimenticato l'essenza del soggetto.

Ben prima di Nietzsche, già Jacobi aveva recuperato il paradigma ondivago del nichilismo (per criticare l'idealismo)⁹ senza essere in grado di configurarne i contorni ad avendo l'obiettivo immediato di ripristinare una ragione che è insieme intuizione razionale e dato di fede.

Purtroppo, come è stato ben rilevato, tale costruzione teorica è aporetica dato che le procedure (di formazione delle norme) non hanno nello stato moderno natura diversa dalla norme da esse (im)poste, poiché anche le prime sono (semplici) norme foriere di contenuti diversi, quando addirittura incompatibili, tra loro, la cui scelta non è basata su elementi

⁷ Acute le riflessioni svolte da R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in "Rivista di Diritto civile", 2005, 4, pp. 438 e ss.; vedasi pure l'analisi di F. Gallo, *Una critica del nichilismo giuridico*, in "Rivista di Diritto Civile", 2007, 1, pp. 19 e ss..

⁸ E. Jünger-M. Heidegger, *Oltre la linea (1949-1955)*, Milano, 2004, p. 56.

⁹ F.H. Jacobi, *Fede e nichilismo*, tr. it., Brescia, 2001.

procedurali (l'ipotetica procedura della procedura) ma sostanziali.

Visto, quindi, che anche le procedure produttive (di norme) sono esse stesse delle norme, dovrebbero valere anche per loro le qualifiche catastrofiche per le quali apparirebbero al mondo del divenire, che sarebbero quindi (solo) emanate (e saranno presto abrogate), tratte dal nulla (e poi ricacciate nel nulla). In effetti, così cade rovinosamente l'illusione di riconoscere la salvezza del diritto nelle procedure (Irti). Inoltre, l'illusione nichilistica precipita non solo a causa delle aporie interne ma anche nel confronto dell'esperienza quotidiana almeno per due profili.

In primo luogo, i novelli forieri del nichilismo giuridico paiono indossare delle lenti statualistiche tramite le quali leggere il diritto (solo) come prodotto dell'autorità pubblica, quando invece (oggi come ieri) il diritto emerge anche dalla decisione sul caso singolo come pure (oggi più di ieri) dal ragionamento di professionisti che forniscono elementi e criteri di un buon accordo tra le parti (private). E così i critici del nichilismo giuridico hanno già evidenziato la decostruzione del metodo formalista di formazione del diritto a vantaggio di un insieme di decisioni che svilupperebbero ciò che è diritto dal singolo caso concreto e emergerebbero dalla (potenzialmente irrazionale) "prudenza" dello *iudex* di turno.

In secondo luogo, se il manovale del diritto contemporaneo (consulente, avvocato, giudice) potesse esprimere quanto le proprie orecchie accolgono quotidianamente raffigurerebbe i tratteggi balbuzienti di un affresco antitetico a quello nichilista e che pare rinvenga una propria descrizione nella cornice romana del giuridico come *ars boni et aequi*. Una cornice al cui interno il quadro è in eterno divenire, misto di passioni e condizioni, limiti umani e pretese sovraumane, ma sempre un diritto compreso nell'esperienza reale dove il creditore pretende davvero il *suum* come lo pretendeva Aulus Agerius e come lo pretenderà suo pronipote nell'avvenire, dove chi subisce un torto chiede ragione e ristoro, dove chi acquista un bene pretende sia privo

di vizi, dove – in summo – oltre alla volontà subentra la ragione.

III. LA PROVOCAZIONE DEL NICHILISMO PER LA (MANCATA) "ASSICURAZIONE" DEL DIRITTO

In realtà, volendo finanche dar conto degli accenni di riflessione posti in essere dai teorici del nichilismo giuridico non è stato, finora, posto adeguatamente l'accento al monito incarnato nello stesso e relativo alla scommessa sulla ragione umana e sulla forza ordinatrice che dalla stessa deriva alla volontà umana.

Difatti, bisogna ammettere che il nichilismo giuridico si palesa attento alle istituzioni, anche perché nel suo essere espressione ultima del relativismo possiede quasi una implicita consapevolezza della fragilità dei vecchi (e forse ingenui) oggettivismi, ma non esclude l'avvento di nuovi punti fermi credibili (su tema della "credenza" torneremo *infra*) lungo i cui sviluppi potrebbe procedere la riflessione giuridica, una volta abbandonata l'illusione del "salvagente" nichilista.

Come già anticipato, nell'esaminare le varie e molteplici teorizzazioni del nichilismo giuridico ontologico, si percepisce una certa distanza dalla realtà e dai suoi dati, dalle pretese espresse dai soggetti giuridici, dai soggetti umani.

Se si volge l'attenzione alla pretesa di "giustizia" che pulsa quotidianamente nello sguardo del cittadino di Venezia come di quello di New York, di Brasilia come di Pechino, pare doveroso verificare la esigenza di razionalità che la risposta pretesa da questi occhi spesso lucidi. Esigenza di sicurezza (con il risvolto della "assicurazione") cui già oggi (è bene dirlo) corrisponde già una serie di idee come risposta, replica ad una esigenza talmente diffusa da poter essere sacrificata sull'altare del nichilismo giuridico.

Serie di idee che vanno oltre il passatempo, tutto contemporaneo, di riconoscere nel dialogo post-ideologico la cifra dell'essere umano. D'altra parte tale «capacità [di conversare] presuppone un'esperienza degna di essere comunicata,

libertà di espressione, indipendenza e rapporto nello stesso tempo»¹⁰. In fin dei conti, gli odierni alfiери del nichilismo giuridico esprimono tale considerazione senza mezzi termini evidenziando come, oggi, «il dialogo degrada a pura forma, riempibile di qualunque contenuto»¹¹. Di conseguenza, il confronto dialogico (anche politico e giuridico, ma non solo), richiamato da più parti quale difesa contro irrazionalità e intolleranza, si tramuta in pratica conversazionale, eventualmente purificata dal *politically correct*, azione con valenza pragmatica, al più teatrale e priva di capacità/competenza giustificativa. Su questo tragitto, è facile giungere al termine del binario morto per il quale «la legalità/legittimità, fondata sul pragmatismo, è povera di durata temporale e di capacità persuasiva. Persuade qui ed ora; dura qui ed ora. Un mero congegno procedurale, funzionante mercè il calcolo dei voti, non esige, né può esigere, fedeltà e lealtà»¹².

Una possibile emersione dal pelago del dialogo indifferente al respiro del contenuto è sempre agevolata tramite la riabilitazione della forza persuasiva della ragione, tramite il logos.

Se si volge ancora una volta lo sguardo al pulsare dell'esperienza giuridica quotidiana, non è difatti constatabile, come affermano i latori del nichilismo giuridico, una "indifferenza contenutistica" delle norme, come pure la già riferita "neutralità delle procedure rispetto alle materie che vi sono immesse". Difatti, al legislatore raffigurato come novella divinità cui attribuire l'onnipotenza garantita dall'asserita indifferenza contenutistica delle norme, non è tutt'oggi in grado di scalfire anche solo i concetti elementari del *bonum et aequum*, come, ad esempio, escludere il pagamento di un prezzo nella compravendita di un bene, o eliminare le responsabilità assunte in un contratto, etc. Inoltre all'essere umano viene sempre alla mente il fatto incontrovertibile che il c.d. "universo" giuridico non comprende l'universo, ma al contrario quello giuridico è

10 T.W. Adorno, *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, tr.it., Torino, 1994, p. 159.

11 N. Irti, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, p. 24.

12 *Idem*, p. 48.

una, tra le varie, espressioni del secondo. La chiave di volta per affrontare l'esistenza entro questi "due" universi risiede nella capacità di discernimento, nel tentativo (sempre limitato) di comprensione razionale.

Svolto questo ragionamento utile ad evidenziare le aporie del nichilismo giuridico ontologico grazie al recupero del logos non possiamo illuderci di recuperarne il magistero classico senza assumere la condizione in cui lo stesso oggi è declinato. Difatti, il (solo) logos oggi esercitato (*magari costretto nel novello letto di Procuste degli slogan urlati*), dopo aver vissuto l'epoca dei sospetti e sperimentato il tritacarne della decostruzione, rischia di essere ridotto a banale "conversazione" (*da bar, da salotto, dal talk show, da parlamento o da tribunale, a seconda dei casi*). Ecco perché al logos contemporaneo riteniamo sempre più necessario (ri)connettere un "credo" affinché il diritto quale *ars* resti pure un artificio (umano) ma permetta di inserirsi in una prospettiva che all'umano indichi un fine oltre al mezzo della tecnica, dando pure per riconosciuta la crisi delle credenze che sostengano il "perché" del vissuto individuale e comunitario. D'altronde, premessa fondamentale ad ogni discorso sulla "tecnica" (anche nel diritto) rimane il lucido monito di Marino Gentile: «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»¹³.

In sunto, se il nichilismo giuridico, come abbiamo tentato di esplicitare, non è in grado di spiegare l'universo giuridico, pare oggi comunque intenzionato, malgrado le sue aporie, di avviluppare le istituzioni giuridiche, che si paleserebbero incapaci di spingersi oltre il contingente, proprio perché in loro risulta assente una visione teleologica del tempo e dell'esistenza. È però la forma (come la tecnica legislativa finanche indirizzata al raggiungimento della "certezza" e alla garanzia del "l'affidamento") «non indica, né vuole, né può indicare un vero fine» perché anche in

13 M. Gentile, *Umanesimo e tecnica*, Milano, 1943, p. 175.

questa contingenza riacquista attualità «la prima formulazione dell'umanesimo, quella che Platone opponeva all'utilitarismo volgare e all'utilitarismo sofisticato, affermando che l'uomo è, sí, passione dell'utile, ma è, in primo luogo, comprensione e volizione del bene. Utile è, difatti, ciò che vale come mezzo è strumento ad altro, bene è ciò che vale per sé»¹⁴.

Ecco che il motivo dell'aver immerso il giuridico nel vortice aporetico del nichilismo (che pretende che il nulla del contenuto possa aggrapparsi all'ancora/salvagente di una forma anche essa variabile e sostituibile e quindi nullificabile) potrebbe rinvenirsi in ultima istanza nella opzione (volontaristica) di separare il discorso politico dalla questione religiosa¹⁵. Separazione che peraltro non è possibile nemmeno raggiungere, salvo suddividere in tanti enti diversi e distinti lo stesso "anthropos" come han già dimostrato il liberalismo, il marxismo e non ultimo lo stesso nichilismo, i quali hanno riconosciuto la propria definizione in modo dialettico con l'antropologia religiosa (cristiana, soprattutto).

Perché, in definitiva, non è possibile concepire come separati la norma giuridica e il soggetto che l'ha formulata e che alla stessa è chiamato ad obbedire; come nemmeno è dato dichiarare ininfluenza rispetto allo svolgersi del diritto della coscienza dell'individuo.

IV. ESPERIENZA COMUNE NELLA PRUDENZA DEL GIURISTA: QUALE UTILITÀ PER L'ASSICURAZIONE DELL'AFFIDAMENTO?

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

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Aderendo così alla tesi di A. Punzi, *Esiste una via d'uscita dal nichilismo?*, cit., p. 451.

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.

Consapevoli che il nichilismo giuridico presenta aporie interne e non intende fornire da solo prospettive progettuali esterne, non possiamo ritenere meno che necessaria una elevata adesione spontanea da parte dei membri di una comunità all'ordinamento vigente, salva l'opportunità del mutamento di ordinamento. E per favorire tale adesione spontanea 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.

Tornano alla mente pure, in tutta la loro potente laconicità, le parole nemmeno di un

componente di uno dei vari parlamenti contemporanei, quanto di un sovrano assoluto (e illuminato), ma non per questo più democratico: «quantunque la nostra maestà sia sciolta da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto»¹⁶.

Ecco quindi, nel dipanare la matassa “tutta positiva” tra certezza e affidamento, si tenterà di abbozzare *come* e *fino a quali limiti* l’applicazione razionale del diritto sia rilevante, oggi, nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive e quali collegamenti possedga questa con la categoria della “prudenza”, classicamente intesa¹⁷, elemento che da tempo pare essere scesa in un malcelato oblio nell’ambito giuridico-politico¹⁸, perchè troppo spesso collegato a istanze soggettive, quando non irrazionali.

Preso atto che l’urgenza del tema è stata a più riprese evidenziata¹⁹, purtroppo è onesto affermare che la stessa emergenza non ha ancora provocato un approfondimento teoretico adeguato.

Il presente Contributo, per tutti i suoi evidenti limiti, non si prefigge di raggiungere 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, “assicurando” 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 forieri di un razionalismo di matrice illuministica, che si palesano insufficienti (oltre che inefficienti) una volta posti dinanzi al fluire della realtà.

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”²⁰, dalla quale, a questo

20 Il richiamo è all’accezione suggerita da Francesco Gentile, fecondamente ripresa di recente nel titolo del Convegno udinese organizzato dal Prof. Elvio Ancona (29 novembre 2018), 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*, 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*, 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*, Napoli, 1987, pp. 61-62). In definitiva, tornando al tema che affrontiamo nel testo, la “geometria (giuridica)”, sul presupposto dello stato di natura, *edifica* la scienza giuridica moderna, sulla scia di un percorso che, da Hobbes a Kelsen, individua nei soli profili di validità formale i tratti della giuridicità di qualsivoglia

16 È la preclara affermazione di Federico II di Svevia che si rinviene in uno dei classici della storiografia del XX secolo: E. Kantorowicz, *Federico II Imperatore*, tr.it., Milano, 2005, p. 233.

17 Per un utile approfondimento, anche per l’argomentare giuridico, sul concetto di “classico” rimandiamo a T.S. Eliot, *Che cos’è un classico* [1945], in *Id.*, *Opere*, vol. II, Milano, 2003, pp. 473-495, ove si legge anche «Un classico non appare se non quando una civiltà, una lingua e una letteratura sono mature» (*Op. cit.*, p. 475 – corsivo nostro).

18 Cfr. J. Pieper, *Sulla Prudenza*, tr. it., Brescia, 1956, pp. 35 ss..

19 Cfr., inter alios, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

punto, è opportuno partire per poter iniziare la disamina.

La prospettiva della “geometria legale” ancora presente nell’odierno panorama giuridico, sebbene in crisi di identità, ricava le proprie radici in tempi non recenti. La sinteticità che concede la presente Relazione 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 ordinamento 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 delinea già Ulpiano qualificando così il tema

comando, legittimando, di conseguenza, l’idea che il diritto deve coincidere con la volontà del sovrano di turno, come mero prodotto dell’esercizio del potere. Per un primo approfondimento, si rinvia a F. Gentile, *Intelligenza politica e Ragion di Stato*, cit., pp. 57 ss., 73 ss., nonché, da ultimo, Id., *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008; una prima esposizione della teoresi gentiliana è offerta in U. Pagallo, *Note d’appunti su teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto in Francesco Gentile*, in F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 93-104; più di recente, U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Torino 2006, p. 35, nota 34, richiamando gli studi di Francesco Gentile, ne evidenziava i risvolti ulteriormente attuali e informa di quanto già espresso da J.C.H. Hu, *Natural law and our Common Law*, in «Fordham Law Review», 1954, XXXIII, pp. 21-22, per il quale «Le moderne filosofie speculative razionalistiche della legge naturale sono deviazioni della strada maestra della tradizione scolastica (...). Esse hanno proceduto *more geometrico*».

del “riconoscimento” in ambito giuridico-politico.

Siamo latori dell’opinione che, qualunque siano l’indole e la funzione²¹ 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»²². 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»²³.

21 Circa una disamina sulla *funzione* del diritto, interessanti rimangono le osservazioni di S. Cotta, *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un’analisi ontogenomenologica)*, in «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*, Milano, 1977.

22 P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 22. Lo storico prosegue asserendo «e di farlo elevando il tono della voce. I tempi appaiono fertili anche se molti semi si isteriliranno e avranno vita nascosta o attecchiranno tardi».

23 P. Filiassi Carcano, *Epistemologia delle scienze umane*, in

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.

In necessaria sintesi, sulla base della caratterizzazione della norma giuridica in termini di contenuto di senso di un atto di volontà, Kelsen vorrebbe affermare che validità ed efficacia della norma sarebbero due fenomeni distinti. Nella sostanza, l'esistenza umana e il diritto avrebbero poco a che fare l'uno con l'altra, o al limite entrerebbero in relazione unicamente in ragione di una necessità concreta. Se pertanto si ricorre al diritto, lo si fa solo se costretti da un non meglio fondato richiamo all'ordine (sociale e politico, più che personale). Ecco per quale motivo si può finanche ritenere giustificato pure il ricorso alla virtualità ed al formalismo. Visto che il diritto non è essenziale, alla stregua di tutti gli accidenti, e la sua naturalezza risulterebbe perfino negata, la sua esistenza deve essere giustificata in qualche modo: o palesandone la mera utilità pratica, politica o economica, o strutturandolo sotto il cono d'ombra di qualche valore "superiore" (la pace sociale, la protezione della proprietà e delle libertà individuali, etc...) che ne "tuteli" le

«Giornale Critico della Filosofia Italiana» 55 (1976), p. 166.

concrete, e storicamente poste, ma non per questo di per sé razionalmente giustificate, modalità di manifestazione.

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 giustificherebbe una situazione talmente urgente e apparentemente senza vie di uscita da essere da taluni ridotta a "nichilismo"²⁴, 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"»²⁵.

Procedendo nella disamina è dato ritenere che tale orizzonte possa mostrarsi adeguato

24 Vedansi alcune tra le disamine più recenti: B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004; nonché il già noto ai più N. Irti, *Nichilismo giuridico*, 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?*, in «RIFD - Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» (2004), pp. 715 ss.; nonché già A. Carrino, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in «Democrazia e Diritto» (1987), soprattutto pp. 297-298.

25 Platone, *Leggi*, (tr. it. a cura di A. Zadro), in *Opere complete*, Bari-Roma, 2001, vol. VII, 903 B-C, p. 342.

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 innanzi tutto del magistero platonico (e di quello tommasiano).

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»²⁶.

V. 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 *prudentia 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»²⁷.

²⁶ Cfr. Platone, *Politico*, in *Opere complete*, cit., 294 a-b.

²⁷ H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art.*

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 razionale²⁸. 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 tecnica²⁹. 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 odierna³⁰, 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

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*, Napoli, 1990, pp. 33-34.

²⁸ 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*, Padova, 1955, pp. 40-58.

²⁹ Cfr., *inter alios*, N. Irti - E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

³⁰ 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*, Torino, 2004; Id., *Scienza giuridica senza giurista*, cit.; nonché il già a tutti noto N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit..

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 proprii schemi categoriali astratti»³¹.

“*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.

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»³².

“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 inter-soggettiva, 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

31 P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 281.

32 Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, p. 37.

“tecnica” nel campo della *Iuris-prudentia* 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»³³. Assunto così il giogo

33 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 indelebili 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”, n. 1/2005 rinvenibile in www.filosofiadeldiritto.it e poi ripresa pure in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXXII (2/2005), pp. 215-234. In tale contributo Gentile 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, 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*, 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*, cit., pp. 415-455.

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, perché 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, perché 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, perché 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 individuale alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.

VI. PER UNA CONCLUSIONE INTERLOCUTORIA. LA "SICUREZZA" PRUDENTE DELL'IMPERATIVO NELLA REALTÀ DELL'INDICATIVO

Tentando il balbettio di una disamina conclusiva 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 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» (*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*»³⁴ 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 San Tommaso³⁵. 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 romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle *quaestiones tomistiche*³⁶ – dev'essere concepito

34 T. Centi, *Introduzione a Tommaso d'Aquino, La Somma teologica*, cit., p. 215.

35 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*».

36 Sarà interessante nel prosieguo della presente Ricerca riflettere su come la *quaestio* scolastica affondi

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»³⁷.

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»³⁸. 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* e così l'obiettivo della "assicurazione" dell'affidamento non potrà, per oggettiva impossibilità quotidiana, essere "creato" ad arte a priori.

Con quale strumento si potrà eventualmente riconoscere il singolo "imperativo" e così davvero "assicurare" il diritto per ogni consociato? Non per deduzione logica né per induzione ipotetica e ideologica. Il genio dei giuristi romani aveva già rivelato all'umanità la via dialettica³⁹ della *Iuris prudentia*, quale le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. E. Ancona, *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, in «L'Ircocervo» (2008), in www.filosofiadeldiritto.it.

37 Da M. Villey, *De l'indicatif dans le droit*, in *Id.*, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1961.

38 F. Gentile, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in «L'Ircocervo» (2008), rinvenibile al sito www.filosofiadeldiritto.it.

39 Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W.

autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit*. Si tratterà, quindi, volta per volta di inventare, *rectius* "in-venire", il diritto nell'esperienza.

La *quaestio* sarà, quindi, quella di riuscire a comprovare come anche nell'ordinamento giuridico la *prudentia* debba costituire la misura del volere (legislativo)⁴⁰, 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 cose⁴¹.

Si tratterà di verificare quanto rimanga della consapevolezza nel diritto, *rectius* nei giuristi, di questo legame tra "prudenza" e "bene" e del vincolo che coniuga "bene" e "natura". Come ci hanno da tempo ricordato i Glossatori del XII-XIII secolo d. C. «*iustitia virtus est, iuris prudentia scientia*» e quindi per poter procedere verso il "giusto" è necessario appropriarsi di mezzi di conoscenza, che proseguano oltre il dato della giustificazione della legge positiva umana perché attratti dalla conoscenza della giustizia.

Collegando tali riflessioni ai temi maggiori studiati dalla filosofia del diritto contemporanea, ovvero su significato/significante della norma avendo il fine di raggiungere una maggiore scientificità del

Waldstein, *Saggi sul diritto non scritto*, tr. it., Cedam, Padova 2002 e U. Vincenti, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003.

40 D'altra parte, non è forse San Tommaso ad insegnare che «Unde oportet quod ille sit praecipuus actus prudentiae qui est precipuus 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 consiliatorum 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» (S. Tommaso, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 8).

41 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*, Torino 1998, p. 25).

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".

Tentando una perifrasi che sia conclusiva e sintetica, potremmo sottolineare come il giusto si inverte nel prudente (del giudizio della coscienza del giudice) e anche nel razionale. E così il positivo (della legge) potrà intrecciarsi col realmente naturale⁴².

Parole queste che alcuni censurerebbero come azzardate, probabilmente balbuzienti, di certo

restano raramente utilizzate (e forse a ragione), ma nel recuperare la cifra opocheiriana 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, quindi, dal balbettio fondato di ieri (da Platone e Tommaso) è ancora oggi utile cogliere portato e senso (di certezza e di affidamento) per l'oggi. Affidamento che altrimenti lo stato, anche volendo, non sarebbe in grado di "assicurare".

Andrea Favaro insegna Filosofia del diritto presso la Facoltà di Diritto Canonico "San Pio X" di Venezia ed è Direttore de "L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato".

favaro@fdcmarcianum.it

⁴² 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 approfondita di quel che si intende per "diritto naturale" vedansi: F. GENTILE, *Su natura e diritto ovvero della difficile intercettazione di un U.F.O.: il diritto naturale*, in ID., *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 199-209; ID., *Su di una nuova pedagogia del diritto naturale*, in ID., *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 149-170; nonché J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, soprattutto per la disamina al cap. VIII circa "La scienza del diritto naturale" (pp. 193-199); M. Villey, *Dialectique et droit naturel*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto» (1973), pp. 821-831; D. Castellano, *Il diritto naturale tra etica e politica*, ora in ID., *La verità della politica*, Napoli 2002, pp. 135-148.