

Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista•

"Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes".

Riflettere sul "ruolo della filosofia" nella formazione del giurista per me, oggi, significa tracciare come un bilancio della mia attività nella scuola di diritto nella quale sono entrato cinquantaquattro anni fa e alla quale ho dedicato la mia vita, quattro anni come studente, otto come assistente e quarantadue come docente.

Bilancio dal quale spero che si possa evincere quello che ritengo debba essere il programma dell'impegno scientifico e accademico di un filosofo del diritto per il tempo che il Signore gli vorrà concedere. Il discorso, che inevitabilmente avrà uno sviluppo sommario e suggestivo piuttosto che esaustivo, sarà strutturato in tre "stanze", la prima, che potremmo chiamare della "geometria legale", incentrata sulla legalità, la seconda, che potremmo chiamare della "dialettica giuridica", incentrata sulla giustizia e la terza, che sarei tentato di chiamare della "teodicea", incentrata sulla giustificazione, introdotte da un preambolo di carattere storico e storiografico sulla "fortuna" della filosofia del diritto nell'accademia italiana e seguite da un epilogo allegorico. La "fortuna" della filosofia del diritto nell'accademia italiana. Nel 1991, quando in Italia si prese coscienza anche a livello istituzionale della "crisi della giustizia", il Consiglio Superiore della Magistratura produsse un documento interno di singolare interesse a proposito del reclutamento e della formazione dei magistrati in Italia nel quale in maniera perentoria si affermava: "Lo studente in giurisprudenza negli ultimi vent'anni è impegnato in uno studio molto più severo e tuttavia impara molto meno"¹. Il redattore del testo, il professor Giovanni Galloni allora Vicepresidente del CSM, indicava anche le ragioni di tale sfasatura tra il peso degli studi giuridici e la reale preparazione dei giuristi, stigmatizzando il "rilievo maggiore, almeno in termini quantitativi, dato allo studio analitico della normativa anziché a quello dei principi che la regolano e ai criteri logici per interpretare i testi" e denunciando energicamente la "trascuratezza verso le materie formative (...) rispetto a quelle di mera specializzazione" quasi che si fosse dimenticato come "ogni materia debba essere studiata nei suoi fondamentali filosofici, storici e sociali"². Riecheggiano in questa vibrata protesta argomenti che già erano stati sviluppati quasi duecento anni prima da Gian Domenico Romagnosi nel suo Progetto di regolamento degli studi politico-legali³ del 1803 e poi da Pasquale Stanislao Mancini nel discorso De' progressi del diritto nella società, nella legislazione e nella scienza durante l'ultimo secolo, in rapporto co' principi e con gli ordini liberi⁴ del 1858. Romagnosi sviluppava le sue considerazioni nella prospettiva dell'educazione pubblica, "diretta dal governo e fatta a spese dello Stato", affermando che lo studio della giurisprudenza non si poteva ridurre a semplice "eco materiale della legge" ma che dovesse riposare "sopra i teoremi di ragione che determinarono il legislatore nello statuire. E' dunque manifesto - concludeva - che l'insegnamento deve precipuamente versare sulla teoria filosofica (in corsivo nel testo originale) del diritto, combinata colla disposizione positiva delle leggi"⁵. Da parte sua Mancini notava come il progresso nell'evoluzione della scienza giuridica si fosse manifestato con l'assunzione ad "oggetto di studio e d'insegnamento" nelle Facoltà Giuridiche, oltre alla stanca ripetizione dei canoni di Diritto romano e di Diritto canonico, del Diritto pubblico interno, ecclesiastico e amministrativo, della Scienza dell'amministrazione, del Diritto criminale, del Diritto giudiziario, del Diritto internazionale, pubblico e marittimo, dell'Economia politica e della Filosofia del diritto, considerata non "come un lusso accademico estraneo ad un quadro regolare di studi giuridici" ma come la "madre di tutte le altre discipline giuridiche"⁶.

Intorno alla metà dell'800, un po' ovunque nelle università italiane, la filosofia del diritto comincia a trovare un posto nell'ambito del piano di studio della facoltà giuridica e alla nuova disciplina si approda dalla Filosofia teoretica e pratica, com'è il caso di Pietro Baroli nell'Università di Pavia⁷ o di Bertrando Spaventa nell'Università di Modena⁸, ma soprattutto da materie più propriamente giuridiche, dal Diritto e processo penale ad esempio, com'è il caso di Alessandro Nova sempre a Pavia⁹, o dalle Pandette, com'è il caso di Del Rosso nell'Università di Pisa¹⁰. Ma i casi si potrebbero moltiplicare¹¹.

Un'attenzione filosofica all'esperienza giuridica è, dunque, richiesta proprio dai giuristi, come momento qualificante uno studio corretto delle stesse leggi positive. E per questo un insegnamento nuovo si impone nel piano degli studi giuridici e prende per lo più il nome di Filosofia del diritto, benché non tutti con esso intendano la stessa cosa.

Per comprendere criticamente il plesso teoretico della questione è opportuno fare cenno ad un libro, a quei tempi ma non solo a quelli, celeberrimo: il *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne, "complété, dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques"* di Henri Ahrens¹², "ancien professeur de philosophie et de droit naturel aux universités de Bruxelles et de Gratz, professeur de philosophie et des sciences politiques à l'Université de Leipzig, Chevalier etc.", che citiamo, volutamente, dall'ottava edizione del 1892, apparsa in Lipsia da Brockhaus dopo la morte dell'autore (1874), testualmente, « sur la sixième édition entièrement réfondue et complétée par la théorie du droit public et du droit des gens ». Sin dal titolo di questo libro si può comprendere il nodo problematico in cui la Filosofia del diritto si trova coinvolta nel suo iscriversi in un piano di studi giuridico, dovendosi far largo ma anche misurandosi con discipline affini quali il Diritto naturale e l'Enciclopedia del diritto, tra *naturalischer ed antropologischer Grundlagen*, ma anche in rapporto all'Etica, auf dem Grunde des Ethischen Zusammenhanges¹³.

Incontrovertibile risulta tuttavia il fatto che i giuristi, quando ne invocano l'introduzione nel piano di studi della scuola, chiedono alla Filosofia di guardare al diritto in una prospettiva unitaria, globale, sottolineando la "funzione educativa" che si attendono dalla nuova disciplina.

Presentando quella che sarà l'ultima edizione, lui vivente, del suo *Cours* Ahrens scrive: "La grave situazione politica (siamo nel luglio del 1868) in cui stanno quasi tutti i paesi civili, la perturbazione di tutte le idee morali, che tanto chiaramente si manifesta nelle deplorable tendenze più o meno materialistiche (...) mi hanno spinto a determinare ancor meglio il principio del diritto nel suo carattere razionale e presentarlo nei suoi rapporti intimi con tutto l'ordine morale, ed a mostrare, mediante cenni storici, che tutto l'ordine del diritto, come anche tutte le istituzioni e forme dello Stato, sono un riflesso di tutte le forze e di tutte le tendenze che agiscono nell'ordine intellettuale della società, e che le condizioni essenziali alla libertà privata e pubblica non si trovano che in un'azione potente delle idee e delle conoscenze morali nel seno di una società". E aggiunge, riferendosi specificamente al ruolo della Filosofia del diritto nel corso degli studi giuridici: "La prima condizione necessaria per rialzare le forze spirituali e morali nel seno di una nazione è riunire nell'istruzione superiore lo studio delle scienze razionali, della filosofia in generale e nella sua applicazione alle scienze pratiche: per formare un contrappeso necessario alle scienze positive, e per fare che la mente non perda, nella moltitudine di conoscenze che da ogni parte si accumulano e ch'essa deve appropriarsi, la coscienza di se medesima, della sua intima natura, delle sue facoltà spirituali e dei grandi principi dell'ordine morale che debbono servirle di guida nella vita e nella scienza pratica"¹⁴. La Filosofia del diritto, insomma viene invocata dai giuristi come "contrappeso" allo scientismo¹⁵ dilagante negli studi giuridici e come "antidoto" al materialismo diffondentesi nell'esperienza giuridica¹⁶.

E come fu praticata?

Tracciando un profilo dell'insegnamento della filosofia del diritto nelle scuole giuridiche, nel 1942 presso l'Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma, Norberto Bobbio è particolarmente severo nel giudizio: "Fu una disciplina esclusivamente scolastica (...) con tutti i difetti che a una filosofia scolastica sono inerenti, completezza che va a scapito della genuinità, sistematicità che soffoca la spontaneità, genericità che sa di formula e di imparaticcio; filosofia, come si legge qua e là nei sottotitoli, ad uso dei giovani, il che vuol dire, senza che magari si voglia confessarlo, filosofia attenuata o timorata o saggia o prudente o civile; filosofia, vorrei dire in una parola che mi pare colga il tono ma anche la sostanza, didascalica"¹⁷. Benché il giudizio sia severo, anche oltre misura e sulle ragioni recondite torneremo più avanti, dobbiamo riconoscere che coglie nel segno soprattutto con la denuncia del fatto che "in quel tempo la filosofia giuridica fu, dal punto di vista speculativo, eclettica"¹⁸.

Ma se ci si interroga, spregiudicatamente, sul perché essa sia "scivolata verso quel modo di ragionare per successive accumulazioni di parti eterogenee in cui consiste propriamente la "tecnica dell'eclettismo"¹⁹, non si può non constatare che la deriva era inevitabile considerato il modo in cui la disciplina venne per lo più coltivata dai suoi titolari, ossia come "filosofia dimidiata"²⁰, come filosofia particolare o applicata, come parte o meglio appendice di una filosofia generale, sviluppata in termini di deduzione dal nucleo teoretico di un sistema filosofico piuttosto che come problematizzazione dell'esperienza giuridica. Solo per un esempio potremmo citare gli *Elementi della filosofia e storia del diritto* tratti dai principi della moderna filosofia italiana e disposti secondo il programma delle scuole universitarie di giurisprudenza di Ugo Fasolis, insegnante di filosofia del diritto in Torino nel 1867²¹, che sin dal titolo è significativo del modo in cui veniva praticata la filosofia del diritto. In altri termini, la filosofia destinata agli studenti della scuola di diritto veniva "tratta" da un sistema filosofico preconstituito, indipendentemente dalle specifiche problematiche giuridiche, e poi a queste "mescolata" e per deduzione "adattata", secondo un processo che saremmo tentati di definire fondamentalmente "ideologico". Non è possibile sviluppare qui analiticamente questa affermazione che tuttavia può trovare una serie di conferme di vario genere. Dalle polemiche pro e contro "l'autonomia della filosofia del diritto", che vide opporsi all'interno del positivismo giuridico Icilio Vanni e Salvatore Fragapane²², o su "l'universale giuridico", che infuriò all'interno del neo-idealismo tra Giorgio Del Vecchio e Benedetto Croce²³. Ma anche dal modo in cui gli stessi cultori della materia si rappresentano la "storia della filosofia del diritto", nei già citati saggi del Filomusi Guelfi e del Bobbio sulla filosofia del diritto in Italia nel secolo XIX, ma anche nei successivi di Pietro Piovanini²⁴ o di Rinaldo Orecchia²⁵, nella monumentale opera di Guido Fassò²⁶ nel libro di Perez Luño²⁷, e che trova la sua più significativa manifestazione negli atti del XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, tenutosi a Napoli nel 1976 e dedicato a La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX²⁸, presentata come articolantesi nei filoni, filosofici o come preferiremmo dire

ideologici, dell'idealismo, del positivismo/neopositivismo e del giusnaturalismo. Per la verità, in quella occasione, una quarta sezione venne dedicata, in maniera extra-vagante, a "la filosofia dell'esperienza giuridica", su personale e ferma richiesta del presidente della Società, il professore Enrico Opocher, ma questo ci porta ad una nuova serie di considerazioni.

Nel 1921 Giorgio Del Vecchio, che è stato per lungo tempo il "padre padrone"²⁹ o, come avrebbe detto Pietro Piovani³⁰, lo "scolarca incontrastato" della filosofia del diritto italiana, fonda la "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", organo della Società Italiana di Filosofia del Diritto, con lo scopo, come si legge nel Programma, di farne "il punto d'incontro di filosofi e giuristi, i quali troppo spesso si ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vieti abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio di idee, per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali". Ed è subito vivace polemica, provocata dal saggio di Angelo Ermanno Cammarata, Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza in Italia³¹, cui fanno seguito, nel breve volgere di qualche numero della rivista, quelli di importanti giuristi, quali Francesco Carnelutti³² e Pietro Bonfante³³, e di valenti filosofi del diritto, quali Alessandro Levi³⁴ e Giuseppe Maggiore³⁵. Da quanto abbiamo osservato, sul modo in cui i cultori della materia hanno praticato la filosofia del diritto nella scuola di giurisprudenza, è agevole intendere i motivi delle incomprensioni che correavano tra giuristi e filosofi. Cammarata ha un'espressione molto colorita: "Un plotone di dottrine filosofiche in distacco presso il diritto!"³⁶. Non era per questo che i giuristi avevano invocato, come abbiamo visto, con tanta insistenza l'introduzione di una disciplina filosofica nel piano di studi giuridici; "la ragione profonda dell'incomunicabilità tra giuristi e filosofi (...) andava rintracciata appunto in quella mescolanza di dottrine filosofiche e di concetti tecnico-empirici, di cui erano rimaste vittime, in forme diverse, sia l'indirizzo positivista che quello neo-kantiano (Non è peraltro che con l'idealismo, aggiungerei noi, le cose andassero assai meglio³⁷). In tal modo, un po' per 'applicare' la filosofia del diritto, un po' nell'intento di rivedere le bucce ai giuristi, si è finito col dar luogo ad un guazzabuglio di teorie che non poteva, a lungo andare, esser guardato di buon occhio né dai filosofi, né, tanto meno, dai giuristi"³⁸.

La presa di coscienza dell'esito fallimentare di una filosofia del diritto come filosofia particolare produce l'effetto di focalizzare l'attenzione dei cultori della materia "sulla reale natura della scienza giuridica e sul rapporto tra quest'ultima e la filosofia"³⁹ senza aggettivazioni. Esemplare in tal senso la critica gnoseologica alla giurisprudenza proposta da Cammarata, tutta polarizzata sul "formalismo giuridico"⁴⁰. A partire dalla seconda parte degli anni Trenta appariranno i più significativi studi filosofici sulla natura della giurisprudenza come scienza: Il diritto come relazione di Renato Treves e Scienza e tecnica del diritto di Norberto Bobbio nel 1934, Il problema della scienza del diritto di Giuseppe Capograssi nel 1937, Studi filosofici sulla scienza del diritto di Flavio Lopez de Oñate del 1939, Il problema della scienza giuridica di Bruno Leoni nel 1940, Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto di Luigi Bagolini del 1942, Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto di Francesco Olgiati del 1943, a cui più tardi si aggiungeranno, quasi a compimento di un percorso speculativo, Teoria della scienza giuridica di Bobbio del 1950 e Il problema della natura della giurisprudenza di Enrico Opocher del 1953. Anche in questo caso sin dai titoli degli studi si evince quale sia divenuto il tema centrale della speculazione giusfilosofica, ossia quello della giuridicità, affrontato questa volta con riferimento specifico ai problemi della giurisprudenza⁴¹ e a confronto diretto con le teorizzazioni dei giuristi⁴², in una prospettiva, tuttavia, profondamente condizionata dal dominante neoidealismo, tanto sul versante dell'attualismo gentiliano che del crociano storicismo assoluto, il che avrebbe impedito un autentico "incontro di filosofi e giuristi", tanto per la riduzione del diritto a "volontà voluta"⁴³ quanto per la definizione di quelli giuridici come pseudoconcetti⁴⁴.

Di tutta questa complessa vicenda una ricostruzione, meticolosa nell'analisi e intelligente nella critica, è tracciata nello studio Sulla giurisprudenza come scienza. I: un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana della prima metà del ventesimo secolo⁴⁵, da Federico Casa il quale è molto fermo, e documentato, nel sostenere che "per tutto il Novecento quel 'ponte' non è stato mai veramente gettato. Né dalla filosofia della Scuola analitica, per ammissione stessa, ormai più di trentenni fa, di Uberto Scarpelli, uno dei suoi più intelligenti interpreti. Né da parte della filosofia del cosiddetto circolo ermeneutico che, se ha avuto e probabilmente ha ancor oggi il merito specialissimo di problematizzare sia la struttura che il significato dell'autorità giurisdizionale, non è poi riuscito a cogliere il reale significato dell'esperienza giuridica. D'altro canto – continua maliziosamente Casa – riterrei davvero difficile sostenere che, nella stesura dei suoi provvedimenti, questi si incidenti sulla vita e sul patrimonio dei cittadini, un magistrato abbia presenti gli affascinanti modelli ermeneutici di un Gadamer o di un Heidegger, così come mi parrebbe assai peregrino affermare che un autentico ausilio offra agli avvocati, nella stesura di un atto giudiziario o nella impostazione di un'arringa difensiva, il pur significativo e pensato saggio di retorica di un Perelman e dei suoi più o meno fedeli proseliti, dei quali, seppure abbiano colto la logica e la rilevanza della composizione e ricomposizione degli argomenti giuridici ai fini della persuasione del giudice, non si può certo dire che forniscano strumenti efficaci dal punto di vista operativo"⁴⁶. Non più tardi di qualche anno fa', al Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica di Macerata, l'invitato d'onore, il celebre giurista Natalino Irti, "si domandava divertito come possano i filosofi del diritto discettare di teoria generale dell'arbitrato senza mai aver preso parte ad uno"⁴⁷. "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"⁴⁸.

Così, nel 1948, iniziava la sua prima lezione nella patavina Universitas Iuristarum, sulla cattedra che era stata di Adolfo Ravà e di Giuseppe Capograssi, un giovane filosofo del diritto, neo vincitore di concorso⁴⁹. A che cosa si riferisce specificamente Opocher con questa accorata denuncia? La risposta è precisa: "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 statale, 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 arbitrio⁵⁰. La responsabilità di questa deriva, che compromette l'intera esperienza giuridica, risale ai "chierici del diritto", filosofi e giuristi che siano, per il concetto puramente formale del diritto che li accomuna⁵¹. Il giovane Opocher non ha mezzi termini e parla di una vera e propria "tragedia". "Un'antinomia invincibile (...) domina tutta la filosofia giuridica dell'ultimo cinquantennio. Non appena, infatti, i filosofi tentano di passare, com'è necessario, da una determinazione puramente formale della giustizia ad una determinazione contenutistica, la verità del diritto si vanifica tra le loro mani, si trasforma in un'affermazione meramente ideologica.

(..) Tipico, a questo riguardo, è il passaggio dalla filosofia del diritto neokantiana a quella idealistica e dall'idealistica alla marxistica⁵². Non diversa è la "tragedia" dei giuristi, "ancor più concreta e decisiva per l'esperienza giuridica. Ogni volta, infatti, che i giuristi, rendendosi conto della necessità di dare un contenuto alla loro verità, si sforzano di superare il concetto puramente formale del diritto e delle categorie logiche che esso implica e si provano a giustificare con la storia e le forze sociali che essa esprime dal suo seno, la 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 – conclude Opocher – è esiziale per l'affermazione della verità giuridica, nel campo della scienza del diritto⁵³.

Insomma, quell'incontro tra filosofi e giuristi che non s'era mai realmente stabilito nella costruzione dell'esperienza giuridica si sarebbe verificato nell'esplosione della sua crisi⁵⁴! E Opocher ritiene anche di poter individuare la matrice della crisi in quello che egli definisce il "laicismo giuridico, ossia la pretesa di isolare l'esperienza giuridica dalla complessa trama dei problemi, delle istanze, delle certezze implicite nell'azione, (...) la pretesa di fondare e far valere la verità del diritto nel mondo sociale, indipendentemente dalle connessioni profonde che la legano alla complessa trama del mondo morale e quindi prescindendo da un'unitaria e coerente concezione del significato metafisico dell'azione e dei suoi valori. (..) 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 verità⁵⁵. Viene, a questo punto, da chiedersi perché Opocher definisca tale pretesa formalistica e implicitamente nichilistica⁵⁶ "laicismo giuridico", con un'insistenza sorprendente⁵⁷. Sono ragioni storiografiche e teoretiche insieme.

Tale "metafisica dell'antimetafisica" risale, secondo il filosofo del diritto, a Grozio e alla sua idea di un sistema di diritto razionalmente costituibile "etiamsi (...) Deum non esse"⁵⁸, a Thomasio, alla sua idea di un sistema di diritto razionalmente costituibile indipendentemente dalla morale e dal costume⁵⁹, e più in generale al cosiddetto giusnaturalismo moderno⁶⁰, il riferimento testuale è ad Hobbes, che condizionarono lo sviluppo di tutto il pensiero giuridico successivo. "Mentre la filosofia del diritto si tormentò per separare sempre più profondamente il suo presunto principio del diritto dalla concreta trama del mondo morale, la nascente scienza giuridica si fece zelante custode della purezza del diritto respingendo, come antiscientifico, ogni tentativo di interpretare le istanze unitarie che pur l'esperienza giuridica esprime nel suo movimento concreto"⁶¹.

Dalla consapevolezza della crisi derivante dalla pretesa di elaborare una teoria razionale del diritto "etiamsi (...) Deum non esse", che peraltro riproduce nell'ambito degli studi giuridici la pretesa galileiana di elaborare una teoria razionale della natura "senza tentar le essenze"⁶², prende così corpo un movimento di pensiero che è stato classificato come "filosofia dell'esperienza giuridica" ed ha avuto in Giuseppe Capograssi l'anima piuttosto che il capofila.⁶³

La nozione del "diritto come esperienza"⁶⁴ costituisce la novità più significativa e qualificante il movimento, anche in riferimento ai motivi che hanno promosso l'introduzione di una disciplina filosofica nel percorso formativo delle scuole di giurisprudenza, per il carattere essenzialmente problematico che la contraddistingue. Considerandone i riflessi sul versante filosofico, diventa agevole riconoscere come la filosofia del diritto non si distingua dalla filosofia *tout court*, o generale che dir si voglia, se non in quanto quella del diritto rappresenta una delle possibili vie di accesso, o "belvederi" come amava dire Capograssi⁶⁵, sull'esperienza che costituisce la prima forma di sapere umano, sulla quale si fonda e nella quale si esplica ogni altra forma di sapere, perché "l'uomo vive nell'esperienza"⁶⁶. Sicché, se ancora si volesse parlare di particolarità della filosofia del diritto, potrebbe aver senso parlarne solo riferendosi all'angolo visuale dal quale la coscienza si apre alla conoscenza, poiché quello dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive è indubbiamente un angolo visuale particolare che, tuttavia, si protende sull'essere dell'uomo nella sua interezza e integralità. Considerando i riflessi del carattere essenzialmente problematico della nozione di "diritto come esperienza" sul versante giuridico, si riconoscono le ragioni della simpatia di cui il movimento ha goduto tra i giuristi⁶⁷ perché Capograssi è stato estremamente energico nel sostenere che il filosofo del diritto, se vuol cogliere il valore dell'esperienza giuridica, deve seguire anche e soprattutto il lavoro del giurista per evidenziarne il significato speculativo, portando alla luce "i motivi profondi, e quindi in sostanza filosofici, dell'operare dei giuristi"⁶⁸.

Nell'ottica del "diritto come esperienza" appariva così come la "sfortuna" della filosofia nel mondo giuridico fosse imputabile ad un certo modo di concepirla, come spiegazione di fatti, come razionalizzazione di procedure operative, come "esercitazione meramente filologica sul discorso giuridico"⁶⁹. Come noddola di Minerva la filosofia del diritto era ed è inevitabilmente destinata ad "abbandonare l'intera esperienza giuridica all'irrazionalità del fatto compiuto e, in buona sostanza, alla forza"⁷⁰! D'altro lato però, nella problematizzazione del fenomeno giuridico inteso come esperienza, in una specie di ripiegamento alle sue "radici", che poi sono le radici stesse dell'esperienza, appare come originario il "riconoscimento della verità" come ciò senza di cui l'esperienza, anche quella giuridica, neppure sarebbe. Sicché risulta in maniera inequivocabile come il momento filosofico non solo non sopraggiunga ma anticipi l'operazione stessa e quindi venga prima di quel particolare modo di riflettere sul fenomeno che risponde al nome di scienza, anche di scienza giuridica.

Nell'operare del giurista, infatti, è presente sempre anche un sapere; diverso potrà essere il modo in cui questo sapere si esplica, consapevole o inconsapevole, giustificato o ingiustificato, ipotetico o anipotetico, autentico o in autentico, ma comunque sempre un sapere che trascende il fare immediato. Ora, se così stanno le cose, la funzione propria del filosofo del diritto non può essere che quella di richiamare l'attenzione dell'operatore giuridico sul momento originario della sua esperienza, per individuarne la trama fatta di teoria e di prassi, per riconoscere la sua "filosofia", per avere intelligenza del posto del diritto nell'integralità dell'umano. E questo non per un astratto esercizio intellettualistico ma per l'autenticità dell'esistenza, e della stessa operazione poiché un fare che non sia illuminato dal vero non è veramente fare. In questo clima, nel 1954, a Padova Luigi Caiani, assistente alla cattedra di filosofia del diritto, scriveva il primo, importante, saggio sulla filosofia dei giuristi italiani⁷¹ ed io mi iscrivevo alla Facoltà di Giurisprudenza.

A rappresentare l'esperienza come prima forma di comprendere le cose in un tutto fluente, in cui soggetto e oggetto della conoscenza sono intimamente connessi, componendosi in modo da non potersi distinguere se non all'interno di quel tutto, il simbolo classico del fiume è il più efficace. "Non solo per il carattere di mobilità e per la varietà degli elementi che esso viene convogliando, ma anche per quel riflesso più determinato e particolare per cui dalla composizione di conoscenze, le quali nella loro individualità e puntualità sono certe, sorge un atteggiamento nuovo per il quale non c'è nome più appropriato di quello della fluidità. Questo atteggiamento significa inclinazione della precedente certezza e si attua come atteggiamento di ricerca, di indagine, di domanda, cioè insomma di schietta problematicità"⁷². A questo atteggiamento nuovo, di cui parla Marino Gentile in un prezioso volumetto su Come si pone il problema metafisico, sono divenuto familiare più che per una lettura scolastica per una convivenza quotidiana⁷³, dalla quale sono stato portato a concepire la "filosofia" prima e piuttosto che come un sistema concettuale come un'attitudine mentale, mai come possesso ma sempre e solo come aspirazione al sapere, una condizione soggettiva, "un'attitudine di fermezza, che non consiste nell'assenza di movimento, bensì nel vigore con cui si resiste alle sollecitazioni esterne, come il nuotatore può esser detto stabile, se non si lascia sopraffare dalle molteplici spinte che tenderebbero a deviarlo, a trattenerlo o addirittura ad affogarlo"⁷⁴. Così come, crescendo nell'Istituto di filosofia del diritto della patavina Universitas Iuristarum, sono stato portato ad intendere il compito di chi voleva essere filosofo del diritto, resistendo ai tumulti della crisi culturale, politica, economica, giuridica della società⁷⁵, quello di ricercare al di là del contingente l'essenziale, al di là dell'opinabile il vero, al di là del legale il giusto. "Al di là" nel senso di "attraverso": metà tà physiká.

Non so se per un disegno prestabilito, di certo per una felice intuizione, sono stato avviato a studiare il costituirsi della scienza sociale nei meandri della "physiologie générale ou sociale" di Claude Henri de Saint-Simon⁷⁶ e quindi, risalendo nel tempo, il costituirsi della moderna scienza giuridica nella grande sistemazione del Esprit des lois di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu⁷⁷. Formato da queste ricerche storiografiche e dall'approfondimento epistemologico della struttura del sapere scientifico a cui fui sollecitato dal mio primo incarico d'insegnamento nella nascente Facoltà di Sociologia di Trento⁷⁸, all'inizio degli anni Settanta mi sono scontrato con il problema del rapporto tra scienza e storia, divenuto "il problema" della cultura giuridica contemporanea. Dal confronto con quattro importanti autori della scuola positivista, Uberto Scarpelli, Giovanni Tarello, Enrico Di Robilant e Giacomo Gavazzi, ha preso corpo quella che sarebbe diventata la mia idea sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista. Un confronto che in partenza aveva le caratteristiche dello scontro⁷⁹, a volte aspro benché sempre fruttuoso, perché io ero pregiudizialmente impressionato dalle, appunto, Impressioni su Kelsen tradotte⁸⁰ di Capograssi, che aveva polemicamente denunciato la singolare "operazione di magia", di preservare l'ordinamento giuridico dall'insolenza della storia, offerta dal concetto di validità formale della norma giuridica, elaborato da Kelsen con la sua Reine Rechtslehre ed entusiasticamente accolto dai filosofi del diritto italiani di matrice positivista⁸¹.

Agli inizi degli anni Settanta fui sorpreso, ma in realtà tutti furono sorpresi, da una imprevedibile e sconcertante confessione di Uberto Scarpelli: "Sul particolarismo intellettuale si è abbattuta la mareggiata furiosa della contestazione globale (...) i giovani ci hanno costretto e ci costringono a riproporci in pubblica filosofia la domanda circa il senso globale di uno sviluppo sociale, che offre tanti mezzi di salute e di felicità ma che può portare alla distruzione dell'umanità e del suo ambiente. Anche l'analista incallito, dunque, deve smettere di prendere i figli a protagonisti di esercizi semantici e chiedersi con loro (per loro) dove sta e quale è questo senso (se c'è un senso)"⁸². Insomma anche il filosofo del diritto che più direttamente si ricollega alla tradizione del positivismo giuridico italiano, rinnovata con la lezione di Carnap e l'innesto della filosofia analitica di matrice anglosassone, si trova stretto fra l'esperienza, che gli pone il problema del diritto in termini "globali", e il canone ermeneutico, che gli chiede di seguire anche in questo caso la geometria della "grande divisione". E come ne esce? Parrebbe in maniera ambigua, destreggiandosi tra scienza giuridica, teoria generale del diritto, sociologia e politica del diritto. Ma alla fine, paradossalmente, conclude: "Quello che conta (...) è che le prese di posizione circa le strutture del diritto e le prospettive ed i metodi delle discipline ed operazioni

giuridiche avvengano non in forza di mistificazioni tecnicistiche o scientifiche o di mistificanti demistificazioni, ma dopo un prudente bilancio dei valori e disvalori, vantaggi e svantaggi etici, politici e sociali legati alle varie soluzioni"⁸³ Ma che cos'è questa "prudenza", che non è scienza nel senso descrittivo-predittivo perché è carica di eticità, e che non è neppure una scelta, o per lo meno una scelta come le altre, perché si pone come criterio selettivo, "bilancio", fra le scelte possibili? Così mi parve si aprisse, anche all'interno di una concezione positivista, lo spazio per una riflessione ulteriore rispetto alla scientifica, "metafisica" avrei detto io, a cui lo stesso analista riteneva fosse affidato il compito di chiarire "l'ambigua disponibilità della scienza per fini di vita o di morte, la valenza positiva o negativa della tecnologia"⁸⁴. In realtà stava per iniziare la stagione della caccia alle ideologie.

"Se è vero, come credo sia vero, – scrive Giovanni Tarello – che le teorie giuridiche sono strumenti pratici, in quanto servono ad operatori che usano leggi e istituzioni, allora è ragionevole chiedersi cosa una teoria serve o può servire a fare"⁸⁵. Si tratta cioè di portare alla luce gli obiettivi operativi perseguiti nell'agone della storia mediante gli strumenti elaborati dalla scienza giuridica. Ed ecco Tarello, seguito da alcuni allievi di parte marxista, impegnarsi in quella che egli chiama un'opera di "ragionevole censura", tesa a mettere in luce l'obiettivo ideologico sottostante il processo di "tecnicizzazione della scienza giuridica" ⁸⁶ e di "deresponsabilizzazione, in senso politico, del ceto dei giuristi" attuata dal positivismo anche nella versione analitica"⁸⁷.

Con la "teoria pura" del diritto (di Kelsen e dei suoi molti seguaci italiani) si sarebbe realizzata l'operazione politica di "occultare fratture e di individuare coerenza di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti"⁸⁸. Anche questa uscita di Tarello era destinata a sorprendere e sconcertare, benché non fosse ben chiaro se la critica al positivismo si spingesse sino al punto di negargli autentico valore giuridico, Bobbio coglierà l'occasione per ribadirlo affermando che il positivismo giuridico era "la filosofia più consona alla mentalità e all'esperienza dei giuristi"⁸⁹, oppure se ci si limitasse a censurarne l'utilizzo da parte della classe borghese, Alessandro Baratta si chiederà: "La filosofia giuridica della Scuola analitica è stata la filosofia giuridica della borghesia illuminata, potrà diventare la filosofia d'avanguardia di un movimento operaio illuminato?"⁹⁰. In realtà il disvelamento delle ideologie sottostanti alle geometrie della scienza giuridica, anche di quella elaborata in chiave positivista, e il porsi drammatico del "senso globale" dello sviluppo della società costringevano l'operatore giuridico, abituato a tenere ben aperti gli occhi su "quello che si fa" con il diritto, a porsi urgentemente la domanda su "che cosa ci stia a fare" il diritto nell'ambito dell'esperienza umana. Una domanda radicale a cui solo nella radicale problematicità della filosofia si può trovare risposta. Così si pone, per l'operatore giuridico, il problema filosofico.

Se il misurarmi con Scarpelli e Tarello è stato per me il modo per intendere concretamente come si pone il problema della filosofia dei giuristi, il confronto con Di Robilant e Gavazzi mi ha offerto l'occasione per riconoscere come il problema filosofico si ponga all'interno stesso della "geometria legale".

"Il fatto che le teorie dell'ordinamento siano formulate con il linguaggio dell'esperienza comune – scrive Di Robilant – ha indotto i loro autori a credere d'aver condotto un discorso descrittivo della realtà; d'aver indicato, in altri termini, come stiano effettivamente le cose (...) in realtà alla luce di una metascienza, libera dall'ossequio a posizioni tramandate ormai per tradizione, la teoria dell'ordinamento costituisce un tentativo di 'ordinare' fenomeni della realtà, osservati – potremmo dire con Popper – con occhi impregnati di teoria; un tentativo, cioè, di ordinare i fenomeni 'come se' costituissero un ordinamento"⁹¹. Da questa constatazione elementare, avvalorata peraltro da un riferimento alla teoria quantistica della fisica, Di Robilant trae due conclusioni. Da un lato ribadiva la necessità di valutare una teoria scientifica, qual è quella del diritto come ordinamento, in termini puramente operativi e non ideologici, cioè sulla base della sua capacità di perseguire i fini rispetto ai quali essa è funzionale, che la precedono come sua condizione e sui quali essa non ha nulla da dire essendo loro puramente servente. Ma dall'altro avvertiva anche come fosse imprescindibile per uno scienziato, e quindi anche per lo scienziato del diritto, la consapevolezza del carattere ipotetico e quindi puramente virtuale delle proprie teorie che sola gli consente, insieme, di muoversi con la spregiudicatezza di chi sa di non agganciare la realtà ma di operare con essa e lo protegge dalla tentazione di attribuire alle teorie stesse un valore reale e di presentarle ingiustificatamente e dommaticamente per vere, essendo solo eventualmente funzionali. In altri termini dal richiamo del carattere operativo ed ipotetico della "geometria legale" emergeva la necessità di una consapevolezza che per essere veramente critica non poteva essere né ipotetica né operativa, insomma non poteva non essere autenticamente filosofica, non fosse altro che per il buon funzionamento della "geometria legale".

Giacomo Gavazzi, forse il più lucido e insieme autenticamente critico esponente della scuola di Bobbio, notando come il positivismo giuridico, senza sconfessare la tesi fondamentale circa il primato della volontà nel diritto, abbia per parecchio tempo sottoscritto come propria la teoria della coerenza e, ancor più, quella della completezza dell'ordinamento, ossia due "ideali tipicamente razionalistici. Di un modesto razionalismo, certamente formale la coerenza; per dirla rudemente: 'il legislatore può comandare tutto quello che vuole, ma non deve contraddirsi. Più invasiva, ma altrettanto formale la completezza; anche qui, per dirla in sintesi: 'se il legislatore ha comandato certe cose, i suoi comandi valgono anche per le cose simili'. Su tale strada bisognava e, ancora si può, andar avanti – concludeva Gavazzi - per cercare di vedere un po' chiaro nel problema del diritto razionale o come altro lo si voglia chiamare"⁹². In altri termini, veniva così riconosciuto il "pedaggio" che la volontà del legislatore deve, o dovrebbe, pagare alla ragione per potersi dire autenticamente capace di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Per risolvere il problema, da positivista impenitente, Gavazzi proponeva la "motivazione delle leggi", analogamente alla motivazione di una sentenza o di un provvedimento amministrativo, cioè "un discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione, come esposizione delle ragioni (vere o false, buone o cattive, congrue o incongrue, non importa) che vengono o possono venire portate a giustificare la prescrizione"⁹³. Ma in tal modo appariva ancor più chiaramente, forse anche oltre le

intenzioni dell'autore, come tale discorso, non fosse che per raggiungere lo scopo prefisso, non potesse svilupparsi nei termini convenzionali e operativi della scienza ma dovesse affrontare di petto il problema radicale dell'esperienza giuridica nei termini dialettici della filosofia.

Da questa intuizione, sul come si pone il problema filosofico del diritto all'interno della stessa scienza giuridica, prese avvio l'idea e l'organizzazione degli Incontri dell'Ircocervo su "Teoria e prassi alle radici dell'esperienza giuridica"⁹⁴ che per cinque anni, tra il 1984 e il 1988, hanno visto un gruppo nutrito di filosofi del diritto raccolti attorno ad un giurista per discutere la sua esperienza. Perlingieri, Grasso, Ziccardi, Giannini e Fazzalari hanno aperto ad una discussione filosofica i recessi del diritto civile, del diritto costituzionale, del diritto internazionale, del diritto amministrativo e del processo.

Con Pietro Perlingieri la discussione si è andata sviluppando in una duplice direzione. Da un lato, si è rivolta a smascherare le aporie della dottrina civilistica tendente "ad esaminare gli istituti fenomenologicamente, senza il problema della loro ratio, ovvero della loro giustificazione": l'aporia, potremmo dire, della teorizzazione di una prassi senza teoria. E, dall'altro, si è rivolta a smascherare le aporie della dottrina civilistica tendente a "considerare la prassi come aspetto esterno ed estraneo al fenomeno normativo ed il fatto come elemento occasionale e contingente nella ricognizione degli istituti giuridici, puri noumeni": l'aporia, potremmo dire, della pratica di una teoria senza prassi. Per ovviare a tali aporie, Perlingieri proponeva come compito specifico e qualificante l'opera del giurista quello di "scoprire la potenzialità normativa della legge nel quadro dei valori e degli interessi garantiti e tutelati dalla costituzione". Il dibattito si accendeva sul concetto di "legalità costituzionale", per il quale sembrava che il giurista assumesse apoditticamente la costituzione come vero e proprio principio teorico regolativo della vita sociale, quasi che la costituzione non fosse una legge come le altre⁹⁵. Ed era destinato a diventare incandescente, l'anno successivo, quando Pietro Giuseppe Grasso attirava l'attenzione sui problemi specifici della costituzione soprattutto quando, come capita spesso e comunque è capitato per la nostra, "i costituenti sono mossi dal proposito di distruggere tutto per rifare tutto ex novo in ragione di dogmi ideologici (...) astratti dalla realtà del proprio paese". Invero, faceva notare Grasso, la storia giuridica "ha ormai accettato che anche laddove è sancito un simile documento solenne, l'organizzazione effettiva dei poteri supremi viene ad essere determinata soprattutto nel corso del tempo, mediante consuetudini, usanze, pratiche, convenzioni spontanee, ecc.". Facevano capolino così anche altri concetti, oltre a quello di "legalità costituzionale", come "istituzione" o "costituzione materiale", ma soprattutto, sebbene in sordina, si affacciava tra le note della discussione quella di "ordinamento", come luogo nel quale le dissonanze derivanti dalla preconcepita separazione di teoria e prassi, predicata dalla "Grande divisione" analitica, avrebbero potuto trovare composizione armonica. Ordinamento inteso, letteralmente, come modo verbale indefinito del verbo ordinare, indicante il processo inesauribile del mettere ordine, rispetto al quale rilevano tanto l'ordine, quale principio teoretico, regolativo dell'attività ordinatrice, principio direi metafisico, quanto la norma, anche quella costituzionale, la sentenza e il provvedimento amministrativo, quali strumenti operativi. Gli incontri successivi con Ziccardi e Giannini avrebbero attirato l'attenzione dei filosofi su due ordinamenti specifici, quello internazionale e quello statale.

Ponendo in primo piano il diritto internazionale privato, come diritto non tanto "inter-statale" quanto "trans-nazionale", Pietro Ziccardi ha riproposto il tema dell'ordinamento, sintesi di teoria e di prassi, per il quale gli strumenti operativi non andrebbero reperiti solo nell'ambito della legislazione nazionale ma anche in quella straniera, in "un sistema aperto di diritto", dunque, la cui unità sarebbe garantita da un comune principio regolativo, ossia quello dell'ordine da intendersi quasi come un principio "metafisico", condizione e garanzia della transnazionalità.

Annunciando la scomparsa prossima ventura del diritto amministrativo, prodotto ottocentesco dello stato borghese, destinato, con l'avvento dello stato pluriclasse, a lasciare spazio anche nell'ambito della pubblica amministrazione agli strumenti del diritto civile e a risolversi per la parte delle regole dei poteri dello stato e dei diritti dei singoli nel diritto costituzionale, Massimo Severo Giannini proponeva, anche senza dirlo esplicitamente, il problema dell'ordinamento inteso quale processo del mettere ordine, rispetto al quale rilevano l'ordine, come principio regolativo di natura teoretica, e la norma, quale strumento operativo di natura pratica. In un plesso in cui non si dà ordinamento senza ordine né senza norme, ma neppure si può immediatamente identificare l'ordinamento con le norme né le norme con l'ordine, al modo tradizionale della "geometria legale". La cosa era destinata a prendere il centro delle discussioni con la lezione di Elio Fazzalari su "teoria e prassi alle radici del processo".

Invero, se per processo s'intende, come propone suggestivamente Fazzalari, quel procedimento caratterizzato dalla partecipazione alla formazione dell'atto finale, la sentenza, di coloro nella cui sfera di interessi il provvedimento produrrà effetti, e dal "modo dialettico di tale partecipazione, il contraddittorio, che è il dire e il contraddire (...) dei cui risultati l'autore dell'atto finale, il giudice, non può non tener conto", risulta con tutta trasparenza come l'ordinamento giuridico, inteso quale processo del mettere ordine nel disordine delle liti intersoggettive, sia il risultato dell'intrecciarsi ed integrarsi di teoria e di prassi. Perché, per un verso, esso risulta da una serie di operazioni, del legislatore come del giudice, del funzionario pubblico come dell'operatore privato, nessuna della quali, né la loro somma matematica, sostanza e crea l'ordine, ché anzi abbiamo sotto gli occhi gli esiti caotici di una tale pretesa, ove affermata, e l'illusione di porvi rimedio con un supplemento di potere. Mentre, per altro verso, basta riflettere un istante per rendersi conto di come ciascuna di queste operazioni risulti effettivamente operativa, in termini di ordinamento, solo se e in quanto sia orientata dall'ordine inteso come principio regolativo, direi come principio metafisico, rispetto al quale l'ordinamento è tale, cioè autentica messa in ordine, solo se ad esso è coerente, solo se di esso è scoperta, accertamento, istituzione⁹⁶.

Cominciava così una ricerca corale, per un verso rivolta a mettere a nudo le geometrie prodotte dalla scienza giuridica, evidenziandone la struttura ipotetico-deduttiva e la funzione operativo-strumentale⁹⁷, e per altro verso intesa, tramite una attenta riflessione sulle aporie della "geometria legale", a enucleare il principio metafisico in esse involontariamente

e inconsapevolmente operante, per svilupparne tematicamente le potenzialità teoretiche⁹⁸. Nella convinzione di venire incontro alle esigenze per le quali i giuristi hanno, a suo tempo e in ogni tempo, avvertito il bisogno di introdurre nel piano degli studi della scuola di diritto una disciplina filosofica: "veram, nisi fallor, non simulatam philosophiam affectantes". A documentazione di questa ricerca corale stanno le due collane delle Edizioni Scientifiche Italiane da me promosse e curate: L'Ircocervo. Saggi per una storia filosofica del pensiero giuridico e politico italiano contemporaneo e La crisalide. Saggi filosofici di critica civile. La prima, nata dall'esigenza di tentare un "bilancio" e insieme un "esame di coscienza" del pensiero giuridico italiano contemporaneo, raccoglie saggi su filosofi come Cesarini Sforza, Mondolfo, Della Volpe, Bobbio, Levi, Gramsci, Maggiore, Olgiati, Del Vecchio, Treves, Cammarata, Battaglia, Fassò, Solari, Tarello ma anche su giuristi come Bettiol, Carnelutti, Ravà, Ascarelli, Benvenuti, De Meis, Volpicelli, Crisafulli, Manzini, Giannini. La seconda, concepita in "reazione" all'esito fallimentare delle molte rivoluzioni e all'estenuante precarietà delle continue riforme e sorretta dalla convinzione che il rinnovamento dell'esperienza politico-giuridica esige una autentica *metánoia* soggettiva, raccoglie saggi prevalentemente filosofici sulla libertà soggettiva, sull'umanesimo liberale, sull'intelligenza del principio, sull'etica impersonale, sull'ermeneutica idealistica, sulla razionalità della politica, sulle etiche del novecento, sulla nobiltà del governo, sull'ordine della politica, sulla filosofia in tempo di nichilismo, sulla metafisica debole, sulla verità della politica ma anche saggi prevalentemente giuridici sulla soluzione corporativa, sulla religione civile, sul processo canonico di beatificazione, sulla cattedra socialista, sul formalismo sovietico, sul sindacato di imprese, sul segreto di stato, sul giudice regale, sulla costituzione criticata, su relazioni industriali e politica, su cooperazione e conflitto, sul silenzio della pubblica amministrazione, su l'individuo e lo scambio, su Europa e costituzione, sulla teoria dell'interpretazione⁹⁹. In questo quadro un significato particolare ha il volume delle "lezioni del quarantesimo anno" che gli avvocati Federico Casa, Alberto Berardi, Torquato G. Tasso, Giovanni Caruso e Giovanni Ferasin, miei allievi nella Scuola di dottorato in Giurisprudenza di Padova ma soprattutto miei preziosi collaboratori nella Scuola di applicazione forense per la preparazione agli esami di avvocato organizzata nel quadro di attività della Fondazione Gentile onlus, hanno voluto raccogliere in occasione dei miei settant'anni unendovi cinque interessantissimi saggi "per l'architettura del caso" che sviluppano le intuizioni filosofiche nell'ambito del diritto civile, del diritto penale e del diritto amministrativo

Resta da dire almeno una parola sull'insegna sotto la quale questo lavoro collettivo si è collocato: L'Ircocervo. Evidente l'ascendenza crociana. Peraltro è difficile dire se, nella polemica con i filosofi del diritto, fosse una reminiscenza mitologica quella che suggerì a Benedetto Croce di definirne l'opera con l'epiteto malizioso: "un filosofico ircocervo", o se non fosse piuttosto l'eco del linguaggio colorito di Spaccanapoli, dove "pigliare un ircucervo" significa prendere un granchio! Come metafora dell'inesistente, l'ircocervo si trova nel bagaglio dei filosofi dal tempo di Aristotele¹⁰⁰, nel caso specifico, tuttavia, risulta predominante il senso del miscuglio impossibile ed incongruo. Per intenderne la ragione non basta risalire all'idea che il giovane e distratto studente della Facoltà giuridica napoletana s'era fatta ascoltando a casa dello zio Silvio Spaventa noiose discussioni sui pareri del Consiglio di Stato e sulle sentenze della Cassazione. "Allora intravidi – ricorderà – che il modo di ragionare della giurisprudenza procede per convenzioni e finzioni e che voler innalzare quei concetti a filosofia riesce ad uno spasimo di acume vuoto"¹⁰¹. E neppure basta ricordare la commiserazione del potente dominus della cultura per quel "povero insegnante di filosofia del diritto" che "in una facoltà di tecnici – civilisti, romanisti, storici, economisti – ha tutta l'aria di un intruso, di un inesperto, che maneggia gli strumenti altrui e rischia di guastarli"¹⁰². Per intendere la ragione della critica alla filosofia del diritto bisogna rifarsi al sistema di Croce, la sua "filosofia dello spirito", che com'è noto si articola nella distinzione dell'attività spirituale in teoretica e pratica, l'una come l'altra germinantesi in forma individuale (rispettivamente l'espressiva e l'economica) e in una universale (rispettivamente il pensiero logico e l'azione morale); donde lo spazio per estetica e logica, per economia ed etica, e solo per queste. Non c'è da stupirsi, dunque, che sulla base di tali premesse la filosofia del diritto, concepita come filosofia pratica, avente funzione educativa, al modo dei suoi cultori di metà Ottocento, risultasse uno "strano miscuglio", una "sconcia combinazione", un "groviglio di difficoltà". Insomma un ircocervo. Fin qui la polemica, e Croce era formidabile nelle polemiche. Collocare all'insegna dell'ircocervo la fatica scientifica dei compagni d'avventura nel mare infido della filosofia del diritto è stato, quindi, per me come raccogliere una sfida, per metterci alla prova. Ma c'è di più, ed anche per questo il riferimento crociano ha un preciso significato.

In un passo nascosto e dimenticato dell'Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale, sin dalla prima formulazione del sistema Croce aveva avvertito il problema posto dai "fatti complessi e derivati nei quali si mescolano le varie attività", di cui l'attività giuridica era portata ad esempio.

"L'attività giuridica – vi si legge – deriva dalla teoretica ed economica insieme: il diritto è una regola, è una formula (orale o scritta, consuetudinaria o legiferata, poco importa) in cui è consegnato un rapporto economico voluto dalla collettività. Questo lato economico l'unisce e distingue insieme dall'attività morale"¹⁰³. Ma anche altri sono i "fatti complessi e derivati nei quali si mescolano le varie attività", come la "logica formalistica", la "conoscenza tecnica", la "funzione educativa", tutti casi per rappresentare i quali l'idealista ricorre all'immagine dell'ircocervo, che riflette specularmente l'assunto dell'aforisma giuridico: "Quod non est in actis non est in mundo". Ora, poiché la filosofia del diritto in mundo c'è, m'è parso provocatorio utilizzare il nomignolo malizioso per rappresentare la fatica di dimostrarne l'esistenza anche in actis. Se, infatti, l'ircocervo rappresenta plasticamente lo strano miscuglio in cui si risolve la filosofia del diritto quando rimanga irretita nel preconetto astratto della separazione, per non dire dell'estraneità, di essere e di pensiero, tematizzata in vario modo dalla filosofia moderna, dalla positivista come dall'analitica, dall'idealista come dalla materialista, d'altra parte, ad un'attenzione radicalmente problematica, quale solo un'attitudine autenticamente filosofica consente, l'ircocervo è significativo di come proprio il caso giuridico implichi la concreta istituzione del rapporto

dialettico fra ciò che deve essere e ciò che è, fra teoresi e prassi. Sin dal primo momento del suo costituirsi, quando l'uomo advoca il giurista per mettere ordine nelle sue relazioni con gli altri e questi gli fornisce aiuto mediante la rappresentazione di quello che gli spetta, da iuratus¹⁰⁴.

La stanza della "geometria legale". Nel libro della Sapienza si legge che gli empi, tra loro sragionando, dicono: "La nostra vita è breve e triste; non c'è rimedio quando l'uomo muore, e non si conosce nessuno che liberi dagli inferi. Siamo nati per caso e dopo saremo come se non fossimo stati. (...) La nostra esistenza è il passare di un'ombra e non c'è ritorno alla nostra morte. Su, godiamoci i beni presenti, facciamo uso delle creature con ardore giovanile! (...) perché questo ci spetta, questa è la nostra parte" (Sap 2, 1-9. Anche l'empio, per il quale la vita passa "come le tracce di una nube", destinata a disperdersi "come nebbia scacciata dai raggi del sole e disciolta dal calore", rivendica ciò che gli spetta. Rivendica cioè che gli venga riconosciuta la sua parte. Chiede un ordinamento delle relazioni intersoggettive, un ordinamento giuridico. Insomma, anche nel più ingiusto dei mondi, anche in una società di delinquenti, ferma rimane la nozione, giuridica, di giustizia, "la costante e ferma volontà di dare a ciascuno il diritto che gli spetta", come disse Ulpiano distillando una sapienza antica, da Omero (Od 14, 84) a Platone (Resp 331), da Aristotele (Ret 1, 9) a Cicerone (De fin. 5, 23).

Una nozione che ha trovato nei testi dei Padri della Chiesa rinnovata vitalità, in Ambrogio (De off. 1, 24) come in Agostino (De civ. 5, 23), per raggiungere infine il momento più alto con Tommaso: "Giustizia è quell'abito in virtù del quale un uomo di ferma e costante volontà attribuisce a ciascuno il suo proprio diritto" (II, II, 58, 1).

L'esperienza nella quale il giurista viene chiamato, advocatus, ad esplicitare la sua professione è l'esperienza della lite: del conflitto, della comunicazione interrotta, della relazione lacerata. Ed egli corrisponde alla richiesta d'aiuto mediante la rappresentazione del suo di ciascuno. Ora, in un'epoca tecnologica¹⁰⁵ qual è la nostra, la rappresentazione che immediatamente ne viene data è quella offerta dalla geometria legale¹⁰⁶, prodotto dell'applicazione del metodo ipotetico-deduttivo, proprio delle scienze fisicomatematiche o naturali che dir si voglia, allo studio dell'uomo e delle relazioni umane.

Benché diverse e varie siano le versioni che ne sono state date, il nucleo comune e fondamentale del "protocollo", o "principio proprio" o "apriori", della geometria legale è costituito dalla convenzione dell'uomo come individuo, come atomo, come unico e quindi del soggetto senza regole perché privo delle nozioni di bene e di male. Per tutte valga l'icastica affermazione di Hobbes dal Leviathan: "Fin quando un uomo è nel puro stato di natura (...) il suo appetito personale è la misura del bene e del male (...). Bene e male sono nomi che significano i nostri appetiti e le nostre avversioni che nei differenti e diversi uomini differiscono per il loro giudizio (...). Anzi lo stesso uomo, in tempi diversi, differisce da se stesso, e in un tempo loda, cioè chiama buono, quello che in altro tempo disprezza, e chiama cattivo; onde sorgono dispute, conflitti e, alla fine, guerra" (Lev. XVI). Il puro stato di natura, dove "puro" sta per convenzionalmente assunto, è dunque uno stato in cui ognuno ha una pretesa su tutto e di conseguenza nessuno è sicuro di niente. La precarietà assoluta dello stato di natura, postulata da Hobbes, viene da Rousseau colorita con introspezioni psicologiche straordinariamente profonde, potremmo dire anticipatrici degli sviluppi in senso consumistico della società tecnologica¹⁰⁷. L'unico, che negli altri vede solo ostacoli o strumenti, per soddisfare i suoi appetiti rimane irretito in una serie di legami soffocanti. "Sempre attivo, suda, si agita, si tormenta continuamente alla ricerca di occupazioni più faticose; lavora sino alla morte a cui corre incontro per sentirsi vivo, o rinuncia alla vita per conquistare l'immortalità. Fa la corte ai grandi che odia e ai ricchi che disprezza; non si risparmia pur di ottenere l'onore di servirli; si vanta orgogliosamente della sua miseria e della loro protezione, ad un passo dalla schiavitù parla con disprezzo di quelli che non hanno l'onore di dividerla" (Discours sur l'origine de l'inégalité). Sulla base di questo protocollo, convenzionale, la geometria legale postula l'associazione politica come compagnia di assicurazione alla quale si accede mediante il contratto sociale.

Dell'associazione politica come compagnia di assicurazione bisogna considerare le due modalità opposte, dello "stato di diritto", che assicura in negativo ossia per repressione, e dello "stato sociale", che assicura in positivo ossia per promozione¹⁰⁸.

Ora non v'è dubbio che la diversità dei beni assicurati, dalla sopravvivenza alla salute, dalla proprietà al lavoro, dall'eguaglianza alla previdenza, ecc. comporti difficili problemi di adattamento del sistema assicurativo ma questo non ne modifica la struttura essenziale e lo scopo ultimo, come peraltro risulta scopertamente dai due casi limite dello "stato minimo" sul versante dello stato di diritto e dello "stato assistenziale" sul versante dello stato sociale. L'uno rappresenta il limite negativo dell'assicurazione sociale, che si basa sul principio di risarcimento secondo il quale, se s'impone una proibizione ad attività rischiose, si deve risarcire chi è danneggiato dal fatto che queste gli vengono impedito. L'altro rappresenta il limite in positivo dell'assicurazione sociale, configurandosi come sistema di protezione estesa a tutti i segmenti dell'esistenza, come volgarmente si dice "dalla culla alla bara", e per tutti i membri della società senza distinzione di classe sociale o economica, volgarmente potremmo dire "dallo Zio Tom a Rockefeller".

Sulla base di queste premesse politico-sociali l'ordinamento giuridico viene configurato come meccanismo assicurativo¹⁰⁹, di cui la chiave è data dalla cosiddetta norma tecnica: "Se A allora B". Dove A è la fattispecie astratta e B l'effetto giuridico. Un meccanismo molto semplice, o meglio semplificato, per cui al verificarsi d'una interferenza tra i comportamenti soggettivi, assimilabile o, come si dice tecnicamente, sussumibile in una delle fattispecie astratte convenzionalmente sancite, si fa corrispondere una sola reazione obbligata, prevedendo come dovuta per chi non vi si attenesse una sanzione. Non sfugge ad un'attenzione anche superficiale il risultato rassicurante di questo meccanismo, che all'infinita e incontrollabile serie degli esiti derivanti dalla relazione intersoggettiva sostituisce un solo esito

giuridicamente governabile e controllato. Ma soprattutto risulta la sua vera natura. In effetti, mediante l'ordinamento giuridico delle condotte dei singoli soggetti, geometricamente concepito, non si evita l'interferenza degli appetiti individuali e quindi la conflittualità, cosa affatto impossibile stante la postulata gratuità delle motivazioni individuali e l'assenza di regole condivise nell'ipotetico stato di natura, ma si neutralizzano le conseguenze della relazione intersoggettiva, vero e proprio evento dannoso per l'uomo, da cui derivano, per continuare ad usare le espressioni hobbesiane, dispute, conflitti e infine guerra. In questa prospettiva i diritti soggettivi vengono configurandosi come un potere privato, relativo ma sicuro, come qualcosa che non è propria del soggetto in sé e per sé bensì come concessione munifica e graziosa del potere pubblico. E d'altra parte gli obblighi giuridici si configurano come un onere privato, nel senso che in sé e per sé il soggetto obbligato non è tenuto ad obbedire al precetto ma solo a subire la sanzione che il potere pubblico gli infliggerà in caso di disobbedienza¹¹⁰. Continuando a ragionare in termini di assicurazione, si potrebbe dire che gli obblighi giuridici corrispondono ai premi di assicurazione che il soggetto deve pagare per poter esercitare i diritti soggettivi, autentiche indennità assicurategli dal potere pubblico al verificarsi dell'evento dannoso ossia della relazione intersoggettiva.

Ora, per assicurare il funzionamento di questo meccanismo, rudimentale ma coerente ed estremamente efficace dal punto di vista operativo, la geometria legale deve postulare la sovranità del soggetto pubblico e la sudditanza dei soggetti privati. Sovrano il soggetto pubblico che, per usare le espressioni inequivocabili di Jean Bodin, "nulla riceve dagli altri" e "non dipende che dalla sua spada" (*Six livres de la République*). Suddito il soggetto privato che, per usare le espressioni terribili di Rousseau, in virtù del contratto sociale "non è niente, né può niente, se non mediante la collettività" (*Du contrat social*). Unica fonte dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive la legge in quanto espressione della volontà sovrana, "questa 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" (*Discours sur l'économie politique*). Unica guida il legislatore il quale "deve sentirsi in grado di cambiare la natura umana, di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in qualche modo, la vita e l'essere (...). Bisogna, in una parola, che tolga all'uomo le forze che gli sono proprie per dargliene di estranee a lui, di cui non possa far uso se non col sussidio di altri. Quanto più queste forze naturali sono morte e annientate, quanto più le forze acquisite sono grandi e durevoli, tanto più solida e perfetta è l'istituzione" (*Du contrat social*).

Di questa operazione prometeica di controllo sociale l'operatore giuridico, in quanto applicatore della volontà legislativa, sarebbe il primo attore, essendo chiamato a qualificare giuridicamente i comportamenti individuali mediante il sillogismo giuridico di cui, come sostiene Kelsen, premessa maggiore è la Grundnorm: "Si deve obbedire al potere costituito ed effettivo" (*Reine Rechtslehre*). In tal modo all'universo conflittuale dello stato di natura egli sovrapporrebbe l'universo ordinato delle leggi. E di ciascuno, di cui nulla è realmente proprio, contribuirebbe a far riconoscere come suo quanto gli è virtualmente attribuito per le vie legali. Nonostante tante e tanto solenni dichiarazioni dei diritti umani¹¹¹, sullo sfondo si profila la paradossale condizione di Joseph K., il protagonista del Processo di Kafka!

La stanza della dialettica giuridica. 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"¹¹². Questa perentoria affermazione di Kelsen potrebbe essere letta come una cinica e arrogante riduzione della giuridicità a paramento del potere, come mascheramento formalistico della crudezza del dominio sotto l'apparente razionalità dell'argomentazione giuridica. Quanti operatori giuridici si riducono ad "enzimi" del potere? Ma potrebbe essere letta anche come l'incondizionata dichiarazione di resa del positivismo giuridico, costretto a gettare la spugna di fronte alla domanda di giustizia, da cui ogni giurista è investito e alla quale il geometra delle leggi non è in grado di rispondere! O forse, più semplicemente, da questa affermazione di Kelsen risulta che non si può eludere l'eterno problema di che cosa ci sia dietro alla volontà sovrana istituita mediante la legge sicché, quale che sia la risposta, fosse anche quella cinica del volto ghignante del potere, ciò che risulta incontrovertibilmente è che il diritto positivo, di per sé, chiede d'essere giustificato, chiede d'essere, per così dire, purificato dalla zavorra operativa, funzionale al puro potere, mediante il riconoscimento razionale di quanto è proprio dell'uomo, della sua dignità. Che cosa intende dire, infatti, Kelsen quando afferma che "la norma fondamentale significa (...), in un certo senso, la trasformazione del potere in diritto" (*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*)? Chiedersi questo vuol dire alzare il velo sulle aporie della geometria legale, senza chiudere gli occhi, e per farlo 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.

Proponendo la Grundnorm, oltre che come fattore unificante in un tutto ordinato dei molteplici e disordinati comandi della volontà sovrana, come fattore di trasformazione del potere in diritto, il geometra delle leggi riconosce implicitamente che il potere effettivo non è sufficiente a fondare l'obbligatorietà del diritto positivo. Peraltro anche esplicitamente, in un passo da *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen esclude che "si possa considerare il diritto positivo come un mero complesso di fatti empirici e lo Stato come null'altro

che un aggregato di rapporti di fatto tra forze" (IV, B, c). Resta da intendere che cosa possa davvero trasformare il potere in diritto, stante l'evidente carattere sofisticato della presupposizione della norma fondamentale. Non sfugge la fallacia di un fondamento per pura convenzione! Il fatto è che, predicando: "si deve obbedire al potere effettivo e costituito", la Grundnorm fa leva sul senso del dovere radicato nella personalità di chi, mediante il sillogismo giuridico, qualifica come giuridico il comando del potere effettivo e costituito. Sicché a fondare l'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, oltre al potere del sovrano, sua conditio sine qua non, sta il senso del dovere del suddito, sua autentica conditio per quam. Tra la Sollnorm, il comando del soggetto pubblico del tutto equivalente a quello di ogni detentore di potere effettivo, anche a quello di un bandito, per l'assenza di ragione (Auctoritas non veritas facit legem), e la Soll-satz, ossia la regola di diritto autentica ragione dell'obbedienza, si colloca come operante la trasformazione il senso del dovere che contraddistingue nel profondo il soggetto umano. L'aporeticità della geometria legale potrebbe essere esplorata in tanti frangenti: nella trasformazione dell'homme in citoyen col sedersi in assemblea, predicato da Rousseau, oppure nella trasformazione dell'attitudine soggettiva al rispetto delle regole, paragonata alla corrente di un fiume, nel meccanismo della legislazione, paragonato ad una centrale elettrica, per la produzione di giuridicità, predicata da Karl Olivecrona (Law as fact), oppure ancora con la trasformazione del signore in servo e del servo in signore, predicata da Hegel nella Phänomenologie des Geistes. Ed è proprio la consapevolezza critica di questa aporeticità che apre al problema di fondo dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive che è quello del rapporto tra regola e relazione, stante che la soluzione geometrica per la quale la regola sopraggiungerebbe sovrapponendosi alla relazione, per un processo eteronomico, risulta inevitabilmente destinata ad impantanarsi in una insanabile contraddizione. Ma questo chiede di calarsi filosoficamente nella profondità dell'umano.

Per questa immersione, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere professionale, mi è parsa particolarmente conveniente quella che potremmo dire la via platonica alla formazione della comunità politica.

Nel dialogo su la Politéia o, come per lo più si cita latinamente, su la Respublica, Platone si pone il problema dell'origine della comunità umana e muove dalla constatazione dell'impossibilità del singolo di bastare a se stesso per il bisogno che lo contraddistingue di molte cose. "E così per un certo bisogno ci si aggrega l'un l'altro, per altri bisogni ad altra gente ancora, finché la molteplicità dei bisogni raccoglie in uno stesso luogo più uomini che si associano assieme per darsi reciproco aiuto" (Resp. 369 c).

Un agricoltore, un muratore, un tessitore, un calzolaio costituiscono il primo nucleo, "seguendo un procedimento logico" (Resp. 369 c-d) per il quale, stanti le diverse attitudini personali, è più conveniente che ognuno produca per se e per gli altri quello che meglio sa fare e quindi reciprocamente ci si scambi i prodotti.

Sin dalla più elementare modalità, quella dei produttori o demiourgoí, la relazione intersoggettiva porta con sé e in sé il problema dell'attribuire il suo a ciascuno. Nello scambio dei prodotti, ma forse potremmo dire già nella loro produzione in una prospettiva non individualistica ma comunitaria, è presente quale criterio dello scambio la regola, che non sopraggiunge quindi, per un atto di volontà, ma è originaria. Il dilatarsi delle comunità per il moltiplicarsi dei bisogni e conseguentemente degli addetti alla produzione, l'elenco che ne fa Socrate è volutamente ironico: cacciatori, imitatori, musicisti, poeti, rapsodi, attori, ballerine, impresari, fabbricanti di belletti, pedagoghi, balie, nutrici, pettinatrici, barbieri, macellai, porcai, medici ...ecc., spingendo a "oltrepassare i limiti del giusto" (Resp. 373 d), porta alla guerra e quindi ad un nuovo bisogno, quello della difesa, e, seguendo sempre il medesimo procedimento logico, ad una nuova relazione quella con i custodi, i phúlakes. La regola di questo nuovo scambio, asimmetrico perché instaurantesi tra prodotti materiali e disponibilità personale, va ricercata nel solo modo mediante il quale il custode "distingue una faccia amica da una nemica (..) ossia nel conoscere l'una e nel non conoscere l'altra" (Resp. 376 b). L'esame particolareggiato e puntiglioso del modo di allevare ed educare i phúlakes conduce Platone a scoprire "il modo con cui la giustizia e l'ingiustizia nascono" (Resp. 376 d - 412 e) nella relazione ossia "l'essere (o il non essere) in possesso del vero" che altro non è se non "il pensare ciò che veramente è" (Resp. 413 a) proprio di quanti sono autenticamente amanti del sapere ossia philósophoi. La formula scolastica per la quale si parla della comunità giusta come composta da produttori, custodi e filosofi è certamente semplicistica e fonte di equivoci ma contiene tuttavia un nucleo di veridicità se se ne intende il più riposto significato in riferimento alla relazione e alla regola che a questa è implicita. Per essere giusta, infatti, ovvero perché sia in grado di attribuire realmente a ciascuno il suo, una comunità deve avere produttori che sappiano produrre in modo di soddisfare i bisogni, né più né meno, la cui virtù è la sophrosúne ossia la temperanza, deve avere custodi che sappiano difendere la città dai nemici, esterni ed interni, la cui virtù è l'andreia ossia il coraggio, e deve avere filosofi che sappiano vedere ciò che è veramente, la cui virtù è la saggezza o prudenza che talvolta è indicata col termine sophía talaltra col termine phrónesis. Dikaiosúne è il nome che indica questa virtù della comunità per la quale "ciascuno attua ciò che gli è proprio, senza impicciarsi d'altro" (Resp. 433 b). Andrebbe tangenzialmente notato come questa sia l'interpretazione platonica del socratico "conosci te stesso" che troverà per Platone il suo più profondo contenuto nella conoscenza del fine ultimo, ragion d'essere del tutto, ossia il Bene.

Una più attenta considerazione della complessa struttura dell'essere in relazione mette in evidenza come il senso del dovere, che costituisce la condizione perché ciascuno dei membri della comunità occupi il suo posto e corrisponda convenientemente al suo ruolo sociale, armonicamente, in realtà abbia anche, e forse prima e soprattutto, una valenza personale per il singolo, per il suo equilibrio, per l'accordo, sumphonía, e il concerto, armonía, dell'anima. L'attenzione si fissa così sulla temperanza, intesa come la via che più direttamente conduce alla giustizia. È "una specie d'ordinato equilibrio e di dominio sulle passioni e i piaceri, come dicono quando (..) si afferma che uno 'è padrone di sé' ed altre espressioni simili" (Resp. 430 e). Essere padrone di sé! C'è qualcosa di bizzarro in questa espressione poiché saremmo

portati a dire che chi di sé è più forte anche di sé stesso è schiavo e chi di sé è schiavo anche di se stesso è padrone. In realtà la temperanza, che in un primo momento viene individuata come la virtù dei produttori e che poi si rivela come la virtù che deve essere condivisa da tutti i membri della comunità affinché ciascuno stia al suo posto e non invada l'altrui, scopre per così dire la struttura dell'anima e rivela come in essa "vi siano due aspetti, uno migliore e uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il dominio sulla peggiore, ecco l'espressione: 'essere padrone di sé', e suona lode; quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia, la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla cattiva, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto 'schiavo di se stesso' e intemperante: e suona biasimo e rimprovero" (Resp. 431 a-b). La relazione non è quindi solo una modalità dell'essere esteriore del soggetto, nei suoi rapporti con gli altri, ma anche e prima di tutto dell'essere interiore della sua anima, nel rapporto con se stesso.

L'approfondimento di questo conduce il filosofo prima ad individuare "due principi distinti l'uno dall'altro: l'uno, quello mediante il quale l'anima ragiona, che potremo chiamare l'aspetto razionale (logistikón), l'altro, quello mediante il quale l'anima ama, ha fame e sete e diviene preda di tutte le passioni, quello che potremo chiamare l'aspetto irrazionale e concupiscente (epithumetikón), che vive in compagnia di ciò che dà soddisfazione e dei piaceri" (Resp. 439 d). E quindi di un terzo.

"quell'aspetto impulsivo (thumós), l'aspetto per cui ci adiriamo" (Resp 439 e), che parrebbe doversi associare al concupiscente ma che invece, alleato del razionale, è chiamato a fronteggiarne la prepotenza affinché con la voglia insaziabile di piacere, di ricchezza e di successo non venga sconvolto l'ordine dell'anima personale e, di riflesso, della comunità intera. Giustizia in questa prospettiva è dunque che ciascuna delle parti dell'anima attui la sua propria funzione e in tal senso, compia il proprio dovere, in modo tale che "i movimenti di tutte e tre siano proporzionati gli uni agli altri" (Timeo 89 e).

Scavando poi ulteriormente nell'anima dell'uomo, il filosofo supera lo schematismo che poteva irrigidire l'essere padrone di sé tra una parte che è migliore, nel senso che deve star sopra, e di una peggiore, che deve star sotto, e nel Politico, con straordinaria lucidità utilizzando il paradigma della tessitura, propone una rappresentazione dell'anima come intessuta di andreaia e di sophrosúne ma anche, sapendo di sorprendere con un'affermazione sconcertante, mette in luce come quelle "due parti della virtù (...) possano trovarsi "in grave contrasto fra di loro e quasi opposte l'una all'altra" (Polit. 306 b). Non c'è dubbio che quando di un uomo diciamo che è vivo ed energico, pronto ed energico o impetuoso e così via esprimiamo un elogio ma un elogio esprimiamo anche quando di un uomo diciamo che è pacifico e saggio, quando è mansueto e dolce nel rivolgersi agli altri, con voce piana e grave. "Eppure, se queste opposte qualità si manifestano fuori luogo, cambiamo parere, e per biasimarle le indichiamo con nomi che significano il contrario (...) se ciò di cui parliamo si rivela più acuto, più rapido, più duro del necessario, lo chiamiamo violento (ubristikós) e rabbioso (manikós); se più grave, più lento, più sdolcinato, lo diciamo pusillanime (deilós) e infingardo (blakikós). Giustizia, così guardando le cose, si rivela essere misura, "giusto mezzo (tò métrion), essere conveniente, opportuno, doveroso, in una parola, per sua sede naturale il mezzo (tò méson) degli estremi" (Polit. 284 e).

Proprietà, proporzione, giusta misura, che sono fattori dell'ordinamento soggettivo, della sumphonía, della armonía, della omónoia dell'anima personale, per un riassunto dei quali non sapremmo trovare espressione più conveniente che quella di "autonomia"¹¹³, si rivelano così come il germe dello stesso ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, della sumphonía, della armonía, della omónoia della comunità¹¹⁴. Non è per un preconetto mitologico né per un'opzione ideologica che Cicerone poteva affermare che "la disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle Dodici Tavole, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia" (De leg. I, 16-17). Per questa via, calandosi filosoficamente nel profondo dell'essere umano, all'operatore giuridico di ogni tempo è dato di difendersi dalla tentazione di ridursi ad "enzima" del potere e di acedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come Prudentia iuris. Se ammassimo inventare broccardi, saremmo tentati da uno del tipo: 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 tomistiche¹¹⁵– deve 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"¹¹⁶. Un'affermazione che oggi diremmo controcorrente ma in cui riecheggia il monito ciceroniano di non pensare il diritto come "costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi, delle sentenze dei giudici, poiché se così fosse potrebbe essere un diritto rubare, commettere adulterio, falsificare testamenti, ove tali azioni venissero approvate dal voto e dal decreto della folla" (De Leg. I, 15-16), bensì "derivato dalla natura delle cose"¹¹⁷, stimolo ad agire onestamente e a tenersi lontano dal mal fare" (De Leg. II, 8-10). 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 indicativo e imperativo, tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità, poiché non si può dare a ciascuno il suo senza sapere quale sia il suo di ciascuno, né evitare di offendere gli altri se non si sa che cosa li offenda o vivere onestamente senza sapere che cosa sia onesto ma, nel medesimo tempo, non basta sapere che cosa è onesto per vivere onestamente, né avvertire ciò che offende gli altri per non offenderli o avere nozione di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo. Per l'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo. Per ristabilire la relazione tra i litiganti l'imperativo non può che uscire da un indicativo. Ma come? Non per deduzione logica né per induzione ideologica. Il genio dei giuristi romani ha rivelato all'umanità la via dialettica¹¹⁸ della *luris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit*¹¹⁹. Su questo nodo problematico radicale un florilegio di citazioni dal Digesto e più in generale dalle massime che i giuristi romani ci

hanno tramandato potrebbe essere raccolto. Per sottolineare il radicamento del giuridico nella natura delle cose: del diritto naturale com'è evidente (Ulpiano, D.1,1,4) ma anche del diritto delle genti, stabilito tra gli uomini dalla ragione naturale (Gaio, D.1,1,9) e dello stesso diritto civile che, pur caratterizzandosi per essere proprio di una particolare comunità, non si discosta in tutto dal diritto naturale (Ulpiano, D.1,1,6). Per rimarcare con forza la centralità della ragione e dell'onestà nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive per cui, laddove sia stato stabilito alcunché contra rationem, neppure la norma giuridica può essere seguita (Giuliano, D.1,3,15) poiché "non omne quod licet honestum est" (Paolo, D. 50,17,144) e perché nessuno può arricchirsi a scapito e in pregiudizio di altri (Pomponio, D.50,17,206, cfr. altresì D. 12,6,14 e D. 23,3,6,2). Per affermare come anche il diritto legale debba essere "secundum natura, quae norma legis est" (Cicerone, De leg. 1,5,17). Ma è soprattutto per evidenziare un aspetto, diciamo così, metodologico che, a proposito della "origine prudenziale" del diritto, il riferimento alla giurisprudenza romana è di cardinale importanza, anche nella temperie attuale della crisi del formalismo giuridico.

L'argomentare del giurista romano non è mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva ma sempre da una procedura dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti. Procedura dettata, prima che da un interesse operativo, da un autentico amore del sapere; non possiamo dimenticare il richiamo rivolto da Ulpiano ai giuristi affinché non dimentichino che la comunità li chiama sacerdoti della giustizia per molte ragioni, perché professano l'arte del buono e dell'equo, separano l'equo dall'iniquo, distinguono il lecito dall'illecito, mirano a rendere migliori gli uomini con il timore della pena ed anche con lo stimolo del premio, ma finalmente perché sono "veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes" (D. 1,1,1,1). Ed è proprio questa via, ad avere il coraggio di percorrerla compiutamente, che conduce il giurista a riconoscere che la ragione, derivata dalla natura delle cose e stimolante l'uomo ad agire in modo onesto, è legge. Legge "che non comincia già ad essere tale quando è scritta ma al momento in cui ha origine ed è nata insieme con la mente divina. Per la qual cosa – concludeva il giurista/filosofo – la vera e propria legge fondamentale è la retta ragione del sommo dio Giove che ha autorità di comandare e vietare" (De leg., II, 8).

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

La stanza della teodicea. Da questo punto il mio, ammesso che non lo sia stato sinora, sarà solo un balbettio. E tuttavia è un bisogno profondo e urgente quello che mi spinge a dire che la filosofia del diritto mancherebbe al suo ruolo nella formazione del giurista se non aprisse il discorso, dopo aver affrontato quelli della legalità e della giustizia, al tema della giustificazione. Quello che desidero mettere subito in chiaro è che, nonostante ne usi il nome, non penso alla teodicea al modo della famosa trattazione di Leibniz, come "giustificazione di Dio" attraverso una "formula logico-matematica" 120. Non solo perché ritengo che il carattere convenzionale ed operativo della conoscenza matematica dovrebbe trattenere chi ne fosse criticamente consapevole da un simile tentativo ma perché, anche ad averne solo un'idea, Dio non ha bisogno di giustificazioni essendo Lui fonte di giustificazione. È Camus a dire che, una volta espulso Dio dall'universo è nata l'ideologia tedesca "nella quale l'azione non è più perfezionamento ma pura conquista, cioè tirannia" 121. Penso alla Sapienza invocata da Salomone: "Essa proteste il padre del mondo, formato per primo da Dio, quando fu creato solo; poi lo liberò dalla sua caduta e gli diede la forza per dominare su tutte le cose. Ma un ingiusto, allontanandosi da essa nella sua collera, per il suo furore fraticida. A causa sua la terra fu sommersa, ma la sapienza di nuovo la salvò pilotando il giusto e per mezzo di un semplice legno". E ancora "la sapienza liberò i suoi devoti dalle sofferenze", "condusse per diritti sentieri il giusto in fuga dall'ira del fratello (..) gli diede la conoscenza delle cose sante; gli diede successo nelle sue fatiche e moltiplicò i frutti del suo lavoro (..) lo fece ricco; lo custodì dai nemici, lo protesse da chi lo insidiava, gli assegnò la vittoria in una lotta dura, perché sapesse che la pietà è più potente di tutto". Penso all'invocazione: "E chi potrebbe domandarti: 'Che hai fatto?' 122, o chi potrebbe opporsi a una tua sentenza? Chi oserebbe accusarti per l'eliminazione di genti da te create? Chi si potrebbe costituire contro di te come difensore di uomini ingiusti? Non c'è Dio fuori di te, che abbia cura di tutte le cose (..) né un re né un tiranno potrebbe affrontarti in difesa di quelli che hai punito. Essendo giusto, governi tutto con giustizia.

(..) La tua forza infatti è principio di giustizia; il tuo dominio universale ti rende indulgente con tutti" (Sap 10 1s). Penso alla Lettera ai Romani di Paolo: "In virtù delle opere della legge nessun uomo sarà giustificato davanti a lui, perché per mezzo della legge si ha solo la conoscenza del peccato. Ora invece, indipendentemente dalla legge, si è manifestata la giustizia di Dio per mezzo della fede in Gesù Cristo, per tutti quelli che credono. E non c'è distinzione: tutti hanno peccato e sono privi della gloria di Dio, ma sono giustificati gratuitamente per la sua grazia, in virtù della redenzione realizzata da Cristo Gesù. (..) Togliamo dunque ogni valore alla legge mediante la fede? Nient'affatto, anzi confermiamo la legge" (Rm 3, 19-24 e 31).

Non posso negare d'aver subito la suggestione della massima di Ulpiano: "iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia" (D.1,1,10), la cui sequenza, non casuale, mette in luce in modo inequivocabile come il discernimento (scientia) del giusto dall'ingiusto, che nella concreta esperienza della vita si presentano sempre confusi come il grano e la zizzania, possa per autorità operarsi solo sulla base della reale conoscenza (notitia) delle cose umane e di quelle divine. Tuttavia, come sempre, è una considerazione elementare, tratta dall'esperienza giuridica, quella che mi spinge su questa, non semplice, via. "Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati. Non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati alla dottrina dello Stato dalla teologia, come ad esempio il Dio onnipotente che è divenuto l'onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica, la cui conoscenza è necessaria per una considerazione sociologica di questi concetti" 123. L'affermazione di Carl Schmitt è perentoria ma non peregrina, se si considera che già Leibniz, nella Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, del 1667, affermava di avere trasferito il modello della ripartizione dell'opera "dalla teologia al diritto poiché – testualmente – l'analogia delle due discipline è straordinaria". Ma anche se si

considera che una puntuale esposizione delle analogie di questo tipo si trova nella giusfilosofia della controrivoluzione, nelle opere di de Bonald, De Maistre e Donoso Cortés, e che Max Weber, riconoscendo al diritto della Chiesa romana d'aver creato "come nessun altro diritto sacro un canone razionale", affermava come incontestabile "il fatto che il diritto canonico sia divenuto per il diritto profano – noi oggi diremmo laico – addirittura una delle guide sulle vie della razionalità".

Ora, se i concetti del moderno diritto pubblico sono concetti teologici secolarizzati, se il diritto laico ha seguito come modello sulla via della razionalità il diritto sacro, non potrà considerarsi strano o stravagante che nella formazione del giurista, laico e moderno, si trovi lo spazio per uno studio teologico del diritto. Ma non è questa se non una ragione accidentale della decisione di intraprendere questa fatica. Anche perché dalla polemica seguita alla prima pubblicazione della schmittiana Teologia politica, ad opera del teologo Erick Peterson, con il saggio *Der Monoteismus als politisches Problem*, del 1935, ma che poi si è andata arricchendo di nuovi interventi tanto da divenire una "leggenda scientifica" sino alla *Politische Theologie II* di Schmitt, del 1970, dalla polemica nessuna delle parti è uscita con argomenti del tutto convincenti: né quella che ritiene del tutto liquidata la teologia politica sulla base dell'assunto, questo certamente plausibile, che non sia possibile giustificare un regime politico con il dogma cristiano; né quella che ritiene plausibile una dottrina politica fondata sulla rivelazione in base all'assunto, questo certamente veritiero, che "la Chiesa di Cristo non è di questo mondo e della sua storia, ma è in questo mondo". Più forti sono in tal senso gli stimoli che mi sono venuti dalla lettura del libro di Carlos J. Errázuriz M. su *Il diritto e la giustizia nella chiesa*, per una teoria fondamentale del diritto canonico¹²⁴.

Non essendo io, ora, in grado se non di balbettare ma essendo irresistibilmente sollecitato a farlo, mi limiterò a suggerire tre spunti, uno relativo all'esperienza del giurista come *advocatus*, uno relativo all'esperienza del giurista come *iuratus* ed uno relativo alla legge nell'esperienza del giurista.

Sull'*advocatus*. Che cosa chiedono i litiganti al giurista chiamato, *advocatus* appunto, in aiuto? Non la complicità nel conflitto per il dominio, ché più conveniente sarebbe rivolgersi a un bandito, allo scopo di lui certo meglio attrezzato, ma il sostegno nel riconoscimento di un diritto. In realtà al giurista si chiede di "trasformare" il conflitto, sorto per la pretesa di dominio su di una cosa, in controversia ossia nel confronto dialettico delle ragioni che suffragano la richiesta di riconoscimento del diritto di una persona. Causa del conflitto il dominio; causa della controversia il riconoscimento. Oggetto del conflitto la cosa; oggetto della controversia il diritto della persona. In questo frangente la prudenza del giurista è chiamata ad operare, con intelligente avvertenza per la natura della cosa in questione quale solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da se stessi, una disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza consente, come si legge nel passo famoso della *Metafisica* di Aristotele: "La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare" (*Metaph., A., 984 a.*). Ma anche con determinata volontà di ristabilire la relazione tra le persone questionanti. E a questo fine opera dialetticamente poiché la pretesa di ciascuno al suo diritto si configura e può essere sostenuta come domanda d'essere rispettato in ciò che lo diversifica personalmente dagli altri sulla base della disposizione con gli altri comune all'ordine per la quale è proprio dell'essere uomo riconoscere a ciascuno quello che gli spetta, ossia il suo diritto. Ora risulta chiaro che tutto questo è possibile solo a condizione che l'opera dell'*advocatus* sia sorretta da una precisa disposizione alla tutela della relazione intersoggettiva, l'autentico bene da proteggere, e sia impegnata a condurre il litigante ad una vera e propria *metánoia* personale. Ora alcune considerazioni sulla *metánoia*¹²⁵ del teologo Joseph Ratzinger, da *Theologischer Prinzipienlehre. Bausteine zur Fundamentaltheologie*, mi hanno suggerito una riflessione più approfondita per superare quanto di formalistico potrebbe rimanere nel concetto di "trasformare" il conflitto in controversia, stante che non si tratta di in una semplice metamorfosi ma di un radicale rinnovamento. Quali suggestioni ho creduto di poter trarre dal termine cristiano di *metánoia* relativamente all'opera del giurista di fronte alla lite per il cui superamento egli è stato professionalmente *advocatus*? La prima è suggerita dall'idea di cambiamento di cui la *metánoia* cristiana è carica. La conversione, infatti, designa un movimento mediante il quale l'uomo si stacca dal proprio io per poter accedere alla comunione con Dio, un movimento di rottura radicale per il quale sono necessari un coraggio ed una determinazione affatto particolari poiché il soggetto si trova a dover fare i conti, per così dire, con due forze di gravitazione, quella dell'interesse particolare, dell'egoismo individuale, e quella del bene in generale, della Verità e dell'Amore, e deve decidere di sottrarsi all'attrazione della prima per lasciarsi prendere totalmente dalla seconda. Ora, *mutatis mutandis*, nell'esperienza giuridica della controversia la situazione presenta delle singolari e suggestive analogie poiché chi vi accede, o come attore o come convenuto, uso i termini in senso lato e quindi tecnicamente, è inevitabilmente chiamato a confrontare le proprie ragioni, di parte, con le ragioni altrui, anch'esse di parte, nella prospettiva di attingere, da un confronto correttamente condotto secondo le regole dell'arte dialettica, la verità che è e non potrebbe non essere comune alle parti senza essere esclusiva di nessuna di esse. Tutto questo implica per chi accede alla controversia giuridica il coraggio di rompere con la particolarità della propria opinione per riconoscersi nella comunanza del vero; implica il coraggio di sottrarsi alla forza di gravitazione dell'egocentrismo individuale per lasciarsi attrarre dalla forza di gravitazione del bene comune. In altri termini implica una vera e propria conversione.

Una seconda suggestione deriva dal fatto che tale disposizione al cambiamento non ha nulla a che fare con la mancanza di orientamento propria, ad esempio, di una banderuola che cambia di direzione col mutare del vento né con l'indecisione nell'esistenza o l'influenzabilità occasionale che lasciano l'uomo soggetto all'ondeggiamento in qualsiasi direzione. Sulla irreversibilità dell'impegno fondamentale del cristiano a convertirsi la Lettera agli Ebrei ha parole che possono sembrare inquietanti ma che sono in realtà illuminanti. Se si è imboccata la vera direzione, la direzione della verità, quella rimane il tracciato ed indica il cammino, rimane la meta e imprime il movimento. Ora, *mutatis mutandis*,

nell'esperienza giuridica della controversia la situazione presenta delle singolari e suggestive analogie: il confronto delle pretese di parte, infatti, avviene sulla base della loro ragionevolezza ossia della riconoscibilità in comune della direzione che conduce al vero e al bene, dalla quale non è più possibile discostarsi una volta adita la via del processo. La contraddizione non vi ha più spazio. Scoperta risulta la centralità che a questo scopo assume nel dibattito il giudice il quale, non essendo latore di una pretesa di parte, è chiamato a garantire la più distesa apertura ad ogni prospettiva di parte in quanto tuttavia concorrente al riconoscimento del vero.

Incontradittoriamente. Solo la fedeltà al vero, che non si presenta come possesso di un dato assodato ma come tracciato di una ricerca impregiudicata, rende possibile la conversione dei soggetti confliggenti nella lite, tanto che saremmo tentati di affermare come primario impegno del giudice quello di garantire il confronto più aperto e impregiudicato possibile delle ragioni di parte assai più della stessa imparzialità nel giudizio sul quale inevitabilmente finiscono per poter incidere le inclinazioni soggettive. Ma, a ben riflettere, non meno rilevante per l'attuarsi di questo processo è l'impegno dell'avvocato di parte. La conversione, infatti, è, e non potrebbe essere se non personale e interiore. È il soggetto litigante che solo può superare autenticamente la lite; è lui che deve rompere con le pulsioni individuali, egocentriche e bellicose, per lasciarsi trasformare dall'impronta del bene comune che lo allontanerà da esse, così ristabilendo la relazione con l'altro dal conflitto interrotta sulla base di un bene che è di tutti senza essere di alcuno in esclusiva. Ora questo mutamento richiede coraggio personale e interiore ma ha bisogno d'essere sostenuto comunitariamente e per questo a chi adisce la via del processo è tassativamente garantita l'assistenza di un giurista di professione. Un *parákletos* diremmo in greco, che significa insieme il chiamato in aiuto, l'*advocatus* latino, ma anche l'intercessore e il consolatore. Tutto questo non dovrebbe essere dimenticato da chi è chiamato ad esercitare la funzione di accusatore o di difensore nel caso concreto di un processo. Quanto alla terza suggestione che il riferimento alla *metánoia* mi ha provocato, forse la più penetrante, oggi non saprei dire se non che mi è parso come di intravedere nell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, allo stesso modo peraltro dell'ordinamento economico degli interessi e all'ordinamento politico delle dignità, un momento del processo di purificazione personale a cui l'uomo è chiamato per la sua natura intessuta di essere animale e divino, naturale e soprannaturale. Ma non sono per ora in grado di aggiungere altro.

Sul *iuratus*. Cicerone nel *De officiis* fa memoria di un "costume tramandatoci – dice – dai nostri padri (oh, se noi lo conservassimo ancora), di pregare il giudice con questa formula: 'Fa per me tutto quello che puoi, purché sia salva la tua coscienza'" (*De officiis*, 3,10,45). Alla coscienza anche oggi si appella chi è chiamato a giudicare ma a quale condizione la sua coscienza sarà salva? La *iuris prudentia* ha una risposta che anche oggi non può non risultare incontrovertibile. "Quando il giurato dovrà pronunciare sentenza si ricordi che adopera Dio come testimone, cioè – come io ritengo – la sua coscienza, della quale Dio stesso all'uomo nulla di più divino ha dato" (*De officiis*, 3,10,44). Una lapidaria citazione del teologo Romano Guardini mi soccorre a questo punto: "Coscienza è, anzitutto, quell'organo per mezzo del quale io rispondo al bene e divento consapevole di questo: 'Il bene esiste; ha un'importanza assoluta; il fine ultimo della mia esistenza è legato ad esso; il bene bisogna farlo; in questo fare si decide una realtà ultima'. La coscienza però è anche l'organo mediante il quale dalla situazione ricavo il chiarimento e la specificazione del bene; mediante il quale posso conoscere che cosa sia il bene in questo determinato luogo e in questo determinato momento. L'atto della coscienza è dunque quell'atto col quale penetro di volta in volta la situazione e intendo che cosa sia, in tale situazione, il giusto e perciò stesso il bene. Così la coscienza è anche la porta per la quale l'eterno entra nel tempo"¹²⁶. Sarebbe superfluo ricordare come coscienza e prudenza valgano quali sinonimi¹²⁷. La formula "*ex animi mei sententia*", con la quale il giudice romano, che era come tutti ricordano un privato cittadino, ma in fondo con cui ogni giudice, anche il funzionario pubblico d'oggi, introduce e sostiene il suo giudizio, significa collocare l'azione del *iuratus* sotto il presidio della coscienza del bene e del sommo Bene. Significa, per usare un'espressione straordinaria dell'Antico testamento (*Gdc* 18,6), "camminare sotto gli sguardi Dio".

"*Non nobis, Domine, non nobis*". Inciso sulla facciata del Palazzo Loredan in Canal Grande, ancor oggi l'incipit del Terzo Salmo dell'Hallel (Salmo 113 b), ci ricorda di quanto forte sia stato il "timor di Dio" nei governanti della Repubblica di San Marco, dalla cui terra vengo, che "serenissima" non ha mai temuto gli eventi umani essendosi in ultima istanza affidata sempre al Redentore. Ma ammonisce anche i giuristi di ogni terra, affinché riflettano sul timore degli uomini che, "una volta preteso di fare a meno del timor di Dio, è il principio d'ogni follia" ché, come dice il Papa Benedetto, "a bandire Dio dalla città si finisce per bandire la giustizia e anche il diritto"¹²⁸.

Quanto alla legge, credo che non sarebbe inutile per il giurista riflettere sulla sua "storia enigmatica", tra il Vecchio e il Nuovo Testamento. E mi spiego. Nel processo di trasformazione del conflitto in controversia il giurista interviene con la sua specifica professionalità traducendo, appunto, in termini giuridici le ragioni, che possono essere di diversa natura, economiche, sociali, psicologiche, ecc., sottostanti alla pretesa di dominio del litigante. Ora è scoperto il ruolo che in questo processo di definizione del giusto nella controversia esercita il complesso delle disposizioni normative istituzionali che potrebbe essere paragonato al ruolo che esercita il linguaggio nel processo di definizione del vero nel discorso. Più esattamente l'assertorietà del linguaggio come del disposto normativo con la sua resistenza alla problematicità del discorrere e del controvertere non è un'accidentalità storica, propria del resto di ogni discorso come di ogni controversia, ma è la stessa determinazione dell'atto problematico intrinseco al controvertere e al discorrere. Sicché senza l'assertorietà implicita nel linguaggio come nella disposizione normativa la leva della problematicità avrebbe un'efficacia puramente illusoria e per noi, mortali, sarebbe vano cercare di discernere il vero dal falso, il giusto dall'ingiusto. In questo modo si pone il problema della naturale positività del diritto, di cui un tema particolarmente significativo è quello del rapporto tra la lettera e lo spirito delle leggi ¹²⁹.

Un errore, che non esiterei a definire grossolano e tuttavia presente in molte anche raffinate trattazioni sulla legge, consiste nell'identificare immediatamente l'ordine con "il testo preciso della legge". Uso questa formula che il Montesquieu ha coniato per definire l'opera del giudice senza temere di distorcerla, considerato che nella prospettiva geometrica la sentenza del giudice è equiparata alla legge, anzi. È da considerarsi l'unica, vera, legge del caso particolare. L'errore grossolano è quello di ritenere che l'applicazione formale del disposto normativo, ossia dell'imperativo veicolato dalla legge, al caso abbia automaticamente l'effetto di risolverlo, Ché, se anche così dovesse essere, cosa peraltro che non è, sarebbe un sovrapporsi della volontà pubblica sulle volontà private dei litiganti con un definitivo e irreversibile troncamento della relazione intersoggettiva e la sostituzione di questa con una subordinazione ma sarebbe meglio dire un assorbimento delle volontà private dei sudditi in quella pubblica del sovrano. A questo errore se ne aggiunge spesso un altro, altrettanto grossolano, di natura filologica. Quando parla di legge, più d'un teorico del diritto, credente ma più spesso non, dà l'impressione di pensare come ad un prototipo di legislazione alla Legge che Mosé portò giù dal Monte Sinai, incisa sulla due tavole della Testimonianza (Es 30, 15), per intendersi le tavole dei dieci comandamenti. Il testo che ce ne dà notizia precisa trattarsi di "tavole di pietra scritte dal dito di Dio" (Es 31, 18) e ancora: "le tavole erano opera di Dio, la scrittura era scrittura di Dio, scolpita sulle tavole" (Es 32, 16). Si creda o non si creda alla Sacra Scrittura, che essendo rivelata non è e non pretende di essere dimostrata, quello che non si può fare è stabilire, immediatamente, un parallelo tra quella Legge e la legge prodotta, posta, dall'uomo, di cui si conosce perfettamente "il dito" che l'ha scritta, e non è il dito di Dio ma quello di un uomo o di un gruppo di uomini, in circostanze storicamente determinate, dal punto di vista culturale, e sociale, politico ed economico, tanto che abitualmente ogni legge si identifica con una data, quella della promulgazione, e con un numero, quello progressivo dell'inventario della legislazione, e talvolta persino con un nome proprio, quello del proponente nella fase iniziale della sua elaborazione parlamentare. Di più, essa, la legge di cui si servono i giuristi, per la sua convenzionalità, per la sua natura strumentale, esige d'essere collocata nella prospettiva operativa nella quale trova la sua ragion d'essere, nell'ordinamento della lite mediante l'instaurazione della controversia. In altri termini, la legge non è l'ordine e neppure la fonte dell'ordine ma uno strumento utile ad individuare le modalità dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive a muovere dal caso e, specificamente, è lo strumento principale per la traduzione del conflitto in controversia. In tal senso si potrebbe formulare un paragone tra la legge e il concetto, un parallelo, ardito ma non temerario, per cui potremmo dire che come il concetto costituisce un principio regolatore della conoscenza, nel senso che mediante il concetto, o meglio la rete dei concetti, in cui si unificano le esperienze precedenti ci si apre ad esperienze nuove, così la legge esercita la funzione di modello per l'azione, nel senso che si trova nella legge, o meglio nella rete delle leggi in cui sono raccolti i tratti qualificanti di una relazione, l'indicazione utile per disporsi concretamente ad una relazione nuova con gli altri, nel caso della lite, superando le lacerazioni prodotte dal conflitto. Ora tutto questo risulterebbe più chiaro e convincente solo che si considerasse sommariamente la "storia enigmatica", della Legge di Mosé, tra il Vecchio e il Nuovo Testamento. Romano Guardini offre lo spunto per una riflessione folgorante. "La Legge doveva impossessarsi del popolo a favore di Dio, attraverso ogni comandamento Dio voleva porre la mano su di esso – in verità però fu il popolo a prendere in possesso la Legge a proprio favore e a farne l'ossatura della propria esistenza. Dalla Legge trasse una pretesa di grandezza e dominio nel mondo, e incorporò Dio con la sua promessa in questa pretesa. Continuamente la volontà di imporre la Legge da parte dei sacerdoti e degli scribi si oppose alla libertà di Dio"¹³⁰. A questo si aggiunse l'ipocrisia di una coscienza sviluppata all'esterno mentre all'interno il cuore diventava sempre più duro; all'esterno fedeltà alla Legge, all'interno peccato. "In questo si è compiuto uno spaventoso stravolgimento del divino – quanto sia orribile, può emergere dalla sola frase che i farisei opposero al giudice supremo, il procuratore romano Pilato, quando questi, per sentimento naturale del diritto, dichiarò che non trovava alcuna colpa nell'accusato: 'Noi abbiamo una Legge, e secondo questa Legge egli deve morire' (Gv 19, 6-7). La Legge data da Dio è stata così infernalmente stravolta, che secondo essa il Figlio di Dio dovette morire!"¹³¹. Se questa è l'infelice sorte della Legge mosaica, non si deve, tuttavia, credere che al pericolo di questo stravolgimento non sia esposta ogni legge. Il teologo è particolarmente puntuale nel denunciare che "non appena sussistono una gerarchia degli uffici e delle facoltà, della tradizione e del diritto, sorge il pericolo di vedere il regno di Dio già nell'autorità e nell'obbedienza stessa. Non appena sono fissate norme nell'ambito del sacro e si pongono separazioni tra diritto e non-diritto, sorge il pericolo di appoggiarsi su tale impostazione per mettere le mani alla libertà di Dio e per imprigionare nel diritto ciò che viene solo dalla sua grazia"¹³².

Tutto questo conduce a dire che, se non interviene una concezione laica della giuridicità "dappertutto là dove nell'ambito della verità santa viene pronunciato un deciso 'sì' e 'no', dove vigono forma oggettiva del culto, ordine e autorità, sorge anche il rischio della 'Legge' e del 'fariseo'. Il pericolo di prendere l'esterno per l'interno; il pericolo della contraddizione tra l'orientamento intenzionale e la parola; il pericolo di muovere da ciò che è in vigore ed è di diritto per mettere le mani sulla libertà di Dio¹³³. (...) La storia della Legge – conclude Guardini – è un grande monito. Il sacro, che veniva da Dio, è stato reso uno strumento di perdizione. Quando Rivelazione espressa, ordinamento positivo dell'esistenza derivanti da Dio sono oggetto di fede, si instaura di nuovo questa possibilità. E bene per il credente saperlo – conclude il teologo - affinché nel Secondo Patto egli rimanga garantito di fronte al destino del Primo"¹³⁴. E quanto bene sarebbe che lo sapesse anche il giurista, credente o non, lo possiamo misurare oggi riflettendo sul formalismo che ne compromette la fatica nell'attuazione della legge scritta dal dito dell'uomo esponendolo, sempre più pericolosamente, al baratro del nichilismo¹³⁵. Immergendosi nel mistero della Legge, data da Dio a Mosé quale segno dell'Alleanza, "Voi sarete per me la proprietà tra tutti i popoli, perché mia è tutta la terra! Voi sarete per me un regno di sacerdoti e una nazione santa" (Es 19, 5-6), senza improponibili paragoni ma con più credibile fondamento, i giuristi,

'cuius merito quis (...) sacerdotes appellet' (D. 1, 1, 1), potranno rispondere alla domanda che loro rivolgono gli uomini di mettere ordine nelle loro relazioni rappresentando il suo di ciascuno.

Epilogo allegorico. Dormivo, forse sognavo, quando mi sono ritrovato in un buio pesto. Ben presto ho percepito d'essere in un locale chiuso e affollato. Sballottato da tutte le parti, mi sono mosso a tentoni finché non ho raggiunto una parete. Poi, aiutandomi con la mano, l'ho percorsa tutta lungo finché sono andato a sbattere sulla parete che la incrociava ortogonalmente. Volta la schiena all'angolo tra i due muri, mi sono sentito più sicuro perché non dovevo difendermi a trecentosessanta gradi ma solo a novanta, e ho cominciato ad orientarmi, percependo vagamente davanti a me un enorme stanzone. Poteva essere un garage o un supermercato o una grande palestra. Pullulante di gente in movimento disordinato e tumultuoso come in un quadro del giudizio universale, quello del Tintoretto, ad esempio, nella Sala del Gran Consiglio a Palazzo ducale.

Il buio, pesto, era animato da immagini luminose che si accendevano d'improvviso e subito si spegnevano. Facendo attenzione ho cominciato a capire che si trattava di persone e di cose che passavano attraverso dei raggi di luce polarizzati, come qualche volta si vede a teatro, quando il palcoscenico non viene illuminato dal proscenio con luce diffusa ma dai lati con dei proiettori, degli "occhi di bue". Aguzzando la vista, mi sono accorto inoltre delle ombre che questi fasci di luce polarizzata proiettavano, sul pavimento e sulle pareti; lo stesso soggetto creava così ombre diverse a seconda dei diversi fasci di luce da cui era illuminato, cosicché era difficile capire di che cosa veramente si trattasse e l'impressione era destinata a cambiare a seconda del fascio di luce alla quale il soggetto, persona o cosa, era esposto.

Incuriosito cercavo di capire da dove venissero questi raggi luminosi e mi accorsi che nella parte più alta delle pareti, quasi all'intersezione col soffitto, delle feritoie lunghe e sottili lasciavano filtrare la luce, con diversa angolazione e intensità. Dunque c'era un fuori! E fuori c'era della luce! Cominciai così a muovermi con una diversa consapevolezza, andando tuttavia a sbattere su persone e cose che non vedevo se non in un baleno o intuitivo a partire dalle ombre proiettate. Cominciai a muovermi per raggiungere le fonti luminose che erano in alto, molto in alto, irraggiungibili senza aiuto. Girovagavo, incerto, per lo stanzone quando incappai in una costruzione a gradoni, uno stufenbau. In qualche modo m'inerpicai, sino al soffitto. Dall'alto mi parve che la situazione fosse meglio controllabile, soprattutto se si individuavano i soggetti alla luce di uno solo dei raggi polarizzati. Convenzionalmente, come se altri raggi non le illuminassero. Una "realtà virtuale" mi stava davanti. Ma ben presto fui attratto da una botola sopra la testa. Apertala mi trovai sul pavimento della stanza superiore. Inondato di luce.

La nuova stanza era più piccola di quella sottostante ma sempre assai grande. Anche qui molte persone e cose. Tutte bene in vista perché dalle pareti, interamente di vetro, la luce liberamente entrava e si diffondeva senza lasciare ombre. Dall'inclinazione delle pareti si poteva arguire che l'intera costruzione fosse a forma di piramide, un pesante soffitto tuttavia impediva di vedere da dove venisse tutta quella luce. La gente si muoveva ordinatamente, senza urtarsi; la luminosità diffusa infatti consentiva ad ognuno di riconoscere bene il proprio spazio e quello altrui sicché non era difficile riconoscere a ciascuno il suo.

Ognuno poi, vedendo le spalle altrui ma non le proprie, era spinto a rivolgersi agli altri per saperne di più. E così tutti si parlavano, interrogando e rispondendo. E si spiegavano reciprocamente distinguendo ciò che tra loro era comune e ciò che li faceva diversi. In discussioni animate e talvolta persino accese su quella che doveva essere la giusta relazione tra persone. Senza risposta rimaneva tuttavia la domanda sulla luce in sé, che era percepita per i suoi riflessi ma che rimaneva inaccessibile nella sua fonte, nonostante i vari tentativi di forzare le vetrate, chiuse con inviolabile sigillo. Fuor di dubbio che venisse dall'alto ma il soffitto, finemente lavorato a cassettoni, costituiva un ingombrante ostacolo. Ad un tratto mi accorsi di una scala fatta di gradini di vetro trasparente, sostenuti da fili quasi invisibili, che saliva impercettibilmente sino al soffitto. La percorsi tutta e attraverso un piccolo abbaino, schermato da uno dei cassettoni del soffitto, mi ritrovai su di un terrazzo, aperto tutt'intorno. "Da quinci innanzi il mio veder fu maggio/ che 'l parlar mostra, ch'a tal vista cede,/ e cede la memoria a tanto oltraggio./ Qual è colui che sognando vede,/ che dopo 'l sogno la passione impressa/ rimane, e l'altro a la mente non riede,/ cotal son io, ché quasi tutta cessa/ mia visione, e ancor mi distilla/ nel core il dolce che nacque da essa" (Paradiso, XXXIII, 55-63). Lo sguardo poteva spingersi intorno a perdita d'occhio. Paesaggi meravigliosi si distendevano per ogni dove. Ma era la fonte luminosa ad assorbire ogni attenzione poiché da quel "mezzo" ogni cosa risultava "giustificata" e "I ben, ch'è del volere obietto,/ tutto s'accoglie in lei, e fuor di quella/ è difettivo ciò ch'è lì perfetto" (Paradiso, XXXIII, 103-105).

Stavo così crogiolandomi alla carezza calda e morbida della luce quando fui distratto da una scaletta che lungo uno spigolo della piramide scendeva verso il basso. Che a spingermi sia stato la voglia di vantarmi della bella avventura o il senso del dover condividere con gli altri la strada che mi aveva portato sino a quel "paradiso" non saprei dire, fatto sta che mi trovai al fondo della scala e, attraverso una bussola, rientrato nell' "inferno" della prima stanza.

A questo punto l'avventura è sfumata ed io mi sono ritrovato sveglio.

•Testo del Seminario per professori della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, tenutosi a Roma, in Piazza sant'Apollinare, il 15 maggio del 2008.

1 G.GALLONI, Reclutamento e formazione dei magistrati in Italia. Contributi al dibattito su un nodo centrale della crisi della giustizia, Roma, 1991, p. 3 del dattiloscritto.

2 Op. cit., p. 5.

3 E' questo uno dei tanti progetti predisposti ad integrazione del Piano di disciplina degli studi universitari dal Romagnosi, chiamato a Milano a "prestare i suoi lumi per la sistemazione del governo" dal conte Luosi di Mirandola, già membro del Direttorio Cisalpino, divenuto Gran Giudice o Ministro della giustizia. Napoleone aveva cinto la corona ferrea il 26 maggio 1805 e nominato Viceré d'Italia Eugenio di Beauharnais. Per la precisione storica va detto che il progetto del Romagnosi, concepito originariamente come contributo specifico al complesso delle innovazioni accademiche inaugurato dall'imperatrice Maria Teresa d'Austria nel 1773, non ebbe mai attuazione, esso tuttavia esercitò un'influenza puntuale e specifica sulla legge 17 novembre 1808, la quale diede nuova sistemazione agli studi legali. Com'è noto, alla "mente" di Napoleone risalgono le coordinate dell'organizzazione universitaria italiana. Per un'analisi più dettagliata dei progetti romagnosiani si può vedere F. GENTILE, Il progetto di regolamento degli studi politico-legali di G.D. Romagnosi, in AA.VV., L'educazione giuridica. Il Profili storici, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1979, pp. 430-453.

4 Professore insigne di diritto internazionale nell'Università degli Studi di Torino ma anche politico attivo quale Deputato alla Camera Cisalpina, il Mancini colse l'occasione offertagli dall'incarico di tenere il discorso inaugurale dell'anno accademico 1858-59 per tracciare un quadro dello stato degli studi giuridici in modo che "una delle grandi classi dell'umano sapere cessasse di apparire divisa ne' suoi molteplici e secondari scompartimenti e ricomponendosi a sintetica unità le speciali discipline in essa comprese". Per un'analisi più dettagliata del discorso manciniano si può vedere F. GENTILE, Il posto della filosofia del diritto negli studi legali secondo Mancini, in AA.VV., Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico, Napoli, 1991, pp. 335-365

5 G.D. ROMAGNOSI, Filosofia del diritto, Napoli, 1839 (5a ed.), p. 9. Estremamente interessanti alcune annotazioni romagnosiane sul metodo d'insegnamento del diritto per le quali, proprio perché "le regole presuppongono le teorie e non offrono che le applicazioni pratiche delle teorie", proprio perché "le regole dirigono la mano e non danno la ragione originaria e filosofica per dirigerla" (Op. cit., p. 37), è essenziale che il cittadino venga educato a cogliere al di là delle leggi scritte e immediatamente riconoscibili la loro "ragione filosofica" (Op. cit., p. 6), senza la quale la disposizione normativa può essere insufficiente ad orientare l'azione e con la quale il singolo è in grado di orientarsi anche "dove mancano le ordinanze speciali delle leggi" (Op. cit., p. 9).

6 P.S. MANCINI, De' progressi del diritto nella società, nella legislazione e nella scienza durante l'ultimo secolo, in rapporto co' principi e con gli ordini liberi. Discorso, Torino, 1859, pp. 36-37.

7 Pietro Baroli, cremonese, è autore di un Diritto naturale privato e pubblico nel quale, con l'ampia e critica valutazione della dottrina straniera in argomento, diffuso il riferimento allo sviluppo avuto dal kantismo nel seno di una "scuola del diritto razionale", viene indicato il ruolo della Filosofia del diritto, tra Diritto naturale, comprendente i principi fondamentali che governano l'anima umana "circa la pratica attività degli esseri ragionevoli", e Diritto positivo quale "complesso delle leggi giuridiche positive che derivano il loro valore e forza obbligatoria (...) da un'autorità esterna". "Nome abbastanza nuovo - commentava Baroli, quello di Filosofia del diritto - sotto il quale non tutti gli scrittori intendono accuratamente la stessa cosa" (cit. da P. VACCARI, L'insegnamento della Filosofia del diritto nell'Università di Pavia", in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XXXI (1954), pp. 728 ss.

8 Cfr. B. DONATI, L'insegnamento della Filosofia del diritto e l'attività didattica di B. Spaventa nell'Università di Modena nel 1859/60, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XVIII (1938), pp. 541 ss.

9 Alessandro Nova intendeva la Filosofia del diritto come disciplina volta a criticare "i testi allora obbligatori dello Zeiler, Diritto naturale privato, e del Martini, Positiones civitatis" (Cfr. A. NOVA, La filosofia, la filosofia del diritto e l'Università, Milano, 18629:

10 Cfr. C. LAVIOSA, L'insegnamento della Filosofia del diritto nell'Università di Pisa, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XXXI (1954), pp. 255 ss.

11 Della filosofia del diritto in Italia dalla fine del sec.XVIII alla fine del sec. XIX è un importante discorso tenuto da Francesco Filomusi Guelfi il 7 aprile 1911, a Bologna, in occasione del Congresso internazionale di filosofia, inteso a porre rimedio al fatto che "in Italia manca una storia completa della Filosofia del diritto, e nei manuali di Filosofia del diritto si hanno magri accenni storici" (in "Rassegna nazionale", CLXXIX (1911), p. 329). A La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX dedica un corposo saggio Norberto Bobbio proprio riprendendo il lavoro del Filomusi Guelfi (in "Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto nella Regia Università di Roma", 1942 (III), pp. 33 dell'estratto).

12 Heinrich Ahrens era tedesco di nascita, del Hannover, e di studi, scolaro di Krause a Gottinga; fu professore di Filosofia del diritto e di Diritto naturale nell'Università di Bruxelles nonché di Diritto naturale, pubblico e internazionale, nell'Università di Gratz e di Filosofia e Scienze politiche nell'Università di Lipsia .

13 La prima edizione del Cours, in francese, è licenziata a Bruxelles il 22 dicembre 1837. Già nel 1841 il Cours viene tradotto in italiano a cura del professor Francesco Trincherà. Del 1843 la seconda edizione in francese. Nel 1846 esce l'edizione originale in tedesco a Vienna col titolo: *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates auf dem Grunde des Ethischen Zusammenhanges von Recht und Cultur*. Del 1848 la terza edizione in francese. Nel 1850, complemento del Cours, esce il libro *Die organische Staatslehre auf philosophisch-naturalischer Grundlage* che diventerà poi *Die organische Staatslehre auf philosophisch-antropologischer Grundlage*. Del 1853 la quarta edizione in francese. Nel 1855, complemento del Cours, esce il libro *Juristische Enzyklopädie*. Del 1960, a Gratz, la quinta edizione. Del 1868, a Lipsia, la sesta edizione in francese, che viene presentata dall'autore come quella che "risponde ai voti espressi da ogni parte (con giusta soddisfazione, Ahrens fa il calcolo che contando quelle in francese, quattro traduzioni in Italia, tre in Spagna, una in Germania, da non confondersi con l'edizione originale di Vienna, una in Portogallo, una in Brasile, una in Ungheria, una negli U.S.A., le edizioni del suo lavoro sarebbero ormai ventidue), compie finalmente l'esposizione del diritto privato, con la teoria del diritto pubblico, con alcuni cenni sul diritto delle genti e presenta il sistema del diritto nel concatenamento di tutte le sue parti" (la citazione è tratta da H. AHRENS, *Diritto naturale*, tr. it. di A. Marghieri, Napoli, 1872, p. XXXIII)

14 Da H. AHRENS, *Diritto naturale*, cit., pp. XXXIII-XXXIV.

15 Per misurare quanta strada abbiano fatto quelle che Ahrens chiama le scienze positive, mille miglia lontano dall'ideologia scienziata, potrebbe essere interessante riflettere sia pure fuggacemente sui precisi riferimenti giuridici di cui si serve Ilya Prigogine per spiegare il concetto di "ordine per fluttuazione", cioè di ordine originato dal disordine attraverso "biforcazioni e fluttuazioni", proprio nelle sue celebri "strutture dissipative": celebri e premiate con il Nobel per la chimica. Si veda la Sfida della scienza, introduzione del saggio *La Nouvelle Alliance. Métamorphose de la science* (tr. it., Torino, 1981, pp. 3 ss.). Per un approfondimento del tema si può vedere F. GENTILE, *Cinque flashes a proposito di ordine, disordine e ordinamento in Filosofia e scienza del diritto*, Modena, 1988, pp. 105 ss..

16 Per cogliere la funzione originaria, anti-ideologica, della Filosofia del diritto può essere interessante riflettere su di un passaggio della prefazione alla terza edizione in francese del Cours di Ahrens: "En rejetant à la fois la fiction d'un état de nature, la doctrine stationnaire et fataliste de l'école historique et les principes abstraits et purement formels de la réflexion, et en se fondant sur une doctrine rationnelle de la nature de l'homme, de sa destinée individuelle et sociale, notre théorie présente aussi le droit comme c'engrenant avec toute l'organisation intellectuelle, morale et sociale de l'humanité, avec les lois de son développement historique, et comme aidant à l'accomplissement de tous les buts permanents de l'homme et de l'ordre social. Il n'y a aucune face, aucun élément de la nature humaine dont notre théorie ne tienne compte; et comme il y a deux éléments principaux, dont l'un caractérise l'homme dans son individualité personnelle, l'autre dans ses rapports organiques avec les divers degrés de la sociabilité humaine, notre doctrine fait aussi la juste part à l'élément personnel et à l'élément social; et en se tenant éloignée à la fois d'un faux individualisme qui n'a déjà que trop temps régné dans la théorie et dans la pratique, et d'un socialisme exclusif qui détruirait la personnalité et la liberté, elle cherche à harmoniser, dans toutes les matières, ces deux principes fondamentaux de la nature humaine".

17 N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, cit., p. 2.

18 Op. cit., p. 3. A proposito di eclettismo c'è da dire che è illuminante uno scambio di lettere tra il conte Terenzio Mamiani della Rovere e l'avvocato Pasquale Stanislao Mancini raccolte nel volume *Intorno alla filosofia del diritto e singolarmente intorno al diritto di punire*, Stamp. A. Agnelli, Napoli, 1841. All'accusa del Mamiani, "ontologo platonico razionalista", che implicitamente stigmatizza il fatto che egli si sia lasciato "trarre dal malvezzo del secolo, e più dall'esempio degli stranieri, di confondere insieme le dottrine più assolute e inconciliabili, battezzando cotal miscuglio del grazioso nome di eclettismo" (Op. cit., p. 51), il Mancini risponde orgogliosamente: "Non vi spaventi questa sembianza di eclettismo che imprimesi in siffatta guisa alla nozione del Diritto. Io non combatto già per le parole: e di più, sebbene io creda che non lievi obbligazioni la filosofia tener debba verso il moderno Eclettismo, pure non oserei chiamarmi responsabile di tutte le teoriche di un sistema qualunque, appunto perché è sistema: Ma non neghiamo il fatto, e siete libero di chiamarlo col nome che meglio vi aggrada" (Op. cit., pp. 79-80). Sul rifiuto delle "teoriche di qualunque sistema, appunto perché sistema" dovremo ritornare tra poco!

19 N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, cit., p. 5.

20 Op. cit., p. 6.

21 Il Fasolis era un fervente seguace del Rosmini, come i contemporanei Pier Luigi Albini, Luigi Mattiolo, Francesco Melillo e Felice Toscano (cfr. Op. cit., pp. 8-10), preoccupato "di dare ai giovani giureconsulti un compendio di questa meravigliosa filosofia del diritto, (...) una nuova dottrina filosofica di tanta evidenza di pensieri, di tanta profondità di principii, piena di tanta sapienza morale e giuridica, che fa stupire come un tesoro così prezioso non sia stato messo

ancora in circolazione nelle scuole di giurisprudenza, esposto, snocciolato, e disposto in forma scolastica per uso della gioventù universitaria" (Op. cit., pp. 8-9.).

22 Positivista l'uno come l'altro, l'uno, Icilio Vanni, sosteneva l'autonomia della filosofia del diritto rispetto alla sociologia a condizione di individuarne il compito specifico cui applicarsi (cfr. Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri, 1890 nonché La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in sé ed in rapporto al socialismo contemporaneo, 1894), l'altro, Salvatore Fragapane, sosteneva il primato della sociologia che, in quanto "ultima differenziazione compiutasi nel seno delle antiche sintesi filosofiche", era superiore in contenuto e grado a tutte le discipline sociali particolari e quindi anche alla filosofia del diritto alla quale era proprio il compito di riaffermare contro le tendenze retrograde "i diritti della sociologia come scienza generale di tutti i fenomeni sociali" (Obbietto e limiti della filosofia del diritto. I: I criteri d'una limitazione positiva della filosofia del diritto, 1897, di cui seguiranno una II parte: Le relazioni gnoseologiche e pratiche della filosofia del diritto, 1899 e una III parte: Disegno d'un pura fenomenologia del diritto come filosofia, 1902)

23 Croce investì Del Vecchio duramente: "Del Vecchio è un professore di filosofia del diritto, uso perciò a dar valore speculativo alle distinzioni meramente pratiche e solo praticamente giustificabili dei giuristi e a riverire l'universale giuridico, come lo chiamano, un filosofico ircocervo, che sarebbe giuridico ma avrebbe un carattere etico, e che, in fondo, a dempie al solo ufficio di fornire una base alle cattedre di filosofia del diritto" (Conversazioni critiche, 1951). Per la verità Del Vecchio aveva provocato il Croce nel suo libro Diritto ed economia (1935) dove paragonava le argomentazioni crociane sulla riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia (1905) a quelle del manzoniano Don Ferrante sulla peste. Per la verità non senza qualche fondamento sostenendo, il Del Vecchio, che l'errore di Don Ferrante era quello di non "aver abbandonato o corretto le sue categorie che la sua stessa esperienza (la peste che aveva sotto gli occhi) gli dimostrava erronee o insufficienti". Al che Croce, in maniera assai curiosa ma significativa del suo modo di concepire la filosofia come sistema, replicava: "Quel buon peripatetico, più filosofo in questo del prof. Del Vecchio, intendeva ragionare con la mente e non con le impressioni sensitive dell'occhio; e non negava già quel che aveva sott'occhio ma negava che fosse ciò che altri diceva e che ripugnava ai suoi concetti e alle sue categorie (la peste come contagio). (...) L'osservazione e l'esperienza facevano in Don Ferrante, com'era logico, tutt'uno con le premesse concettuali del suo ragionare. Così non serve arrecare i miracoli che accadono a Lourdes o alla Madonna di Pompei per confutare colui che nega i miracoli perché tiene contraddittorio e vuoto il concetto stesso di miracolo: per affermare un miracolo è necessario affermare nell'atto stesso il concetto di miracolo" (Conversazioni critiche, cit.). Magnifico esempio di sofisma, cioè di argomentazione in cui si nasconde un argomento scorretto dietro ad un argomento corretto. Cfr. in proposito il mio La filosofia del diritto nella Napoli di Adriano Tilgher, in AA.VV., Adriano Tilgher, a cura di G.F. Lami, Giuffrè ed., Milano, 1992, pp.141 ss., nel quale si possono anche ritrovare, con la critica alla filosofia del diritto praticata nell'accademia, anche le dure critiche alla applicazione del "sistema dei distinti" alla filosofia del diritto del giovane Tilgher, crociano fedelissimo, il quale riteneva di aver fatto essere la filosofia del diritto "logicamente" deducendola "dall'attività stessa dello spirito", secondo l'insegnamento di Croce. Con esiti che lo stesso Croce non poteva non rifiutare!

24 L'attuale filosofia del diritto in Italia, in Momenti della filosofia giuridico-politica italiana, Giuffrè ed., Milano, 1951.

25 Maestri italiani di filosofia del diritto del secolo XX, Bulzoni ed., Roma, 1978.

26 Storia della filosofia del diritto. III: Ottocento e Novecento, Il Mulino ed., Bologna, 1970.

27 Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna, Pubb. Del Real Collegio de España en Bolonia, 1971.

28 Cfr. La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX, Atti dell'XI Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Giuffrè, Milano, 1977, in due volumi.

29 Cfr. di D. QUAGLIO, Giorgio Del Vecchio. Il diritto tra concetto e idea, ESI, Napoli, 1984.

30 Cfr. di Piovani l'intervento su La filosofia dell'esperienza giuridica in La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX, cit., vol. II, pp.156.

31 In "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", II (1922), pp. 234-258. Cfr. in proposito di T. SERRA, Angelo Ermanno Cammarata. La critica gnoseologica della giurisprudenza, ESI, Napoli, 1988. Sulla polemica tra giuristi e filosofi cfr. di A. DE GENNARO, Crocianesimo e cultura giuridica italiana, Giuffrè ed., Milano, 1974.

32 Cfr. di D. COCCOPALMERIO, Francesco Carnelutti. Il "realismo giuridico italiano", ESI, Napoli, 1989.

33 Qualche anno prima Pietro Bonfante, sulla base di un evidente pregiudizio positivista, aveva definito la filosofia del diritto "il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto" (Il metodo naturalistico nella storia del diritto, in "Rivista Italiana di Sociologia" XXI (1917). Va inoltre detto che, in seguito ad un "parere" del Consiglio di Stato, della cui

paternità il Bonfante fece esplicita confessione proprio in occasione della polemica sulla RIFD, veniva notevolmente ridimensionata la funzione della filosofia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza (P. BONFANTE, *Filosofia del diritto e Scienza del diritto*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", III (1923). Non bisogna peraltro dimenticare che già nel 1875 il Ministro Borghi aveva preso il provvedimento di abolizione della filosofia del diritto come materia obbligatoria, sostituendola con l'Introduzione alle scienze giuridiche o l'Enciclopedia del diritto da un lato e con la Sociologia dall'altro. Il provvedimento verrà abrogato dal Ministro Coppino l'anno successivo; l'abolizione della disciplina verrà in seguito riproposta dal Borselli nel 1890 e dal Nasi nel 1902, tuttavia senza successo. Dal 1938 la filosofia del diritto è compresa tra le materie fondamentali della Tabella di Giurisprudenza e dal 200

34 Cfr. di L. ALOISI, Alessandro Levi. *La crisi del "sottosuolo" positivistico*, ESI, Napoli, 1982.

35 Cfr. di G. MARINI, Giuseppe Maggiore. *L'interferenza di filosofia e diritto*, ESI, Napoli, 1983.

36 A.E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza*, cit., p. 241.

37 Si pensi solo alle polemiche tra Croce e Del Vecchio, cfr. più sopra la nota 23.

38 Op. cit., p 244.

39 B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*. Giappichelli ed., Torino, 1942, p. 106.

40 Puntuali ed efficaci le considerazioni in proposito di Teresa Serra sul "tentativo di offrire una rigorosa elaborazione del formalismo giuridico" senza la quale "un'interpretazione speculativa dell'esperienza giuridica risulterebbe per necessità monca e unilaterale" (Cfr. T. SERRA, Angelo Ermanno Cammarata, cit., pp. 114 ss.).

41 Come sempre lucido nella schematizzazione, Norberto Bobbio scrive: "Ci limitiamo a presentare una esposizione schematica di quelle che potrebbero essere considerate le tre fasi di sviluppo della giurisprudenza, quando per giurisprudenza si intenda appunto l'analisi linguistica che ha per oggetto le proposizioni normative di un determinato ordinamento giuridico. a) Il linguaggio del legislatore non è necessariamente rigoroso: il primo compito del giurista è quello di renderlo rigoroso; b) il linguaggio del legislatore non è necessariamente completo: il secondo compito del giurista è di completarlo quanto più è possibile; c) il linguaggio del legislatore non è necessariamente ordinato: il terzo compito del giurista è di ridurlo a sistema. La prima fase è di purificazione, la seconda di completamento, la terza di ordinamento del linguaggio giuridico" (*Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", IV (1950), p. 355).

42 Due discussioni occupano la scena, quella "sulla natura dei concetti giuridici" che vede gli interventi di Salvatore Pugliatti e Arturo Carlo Jemolo da un lato, Widar Cesarini Sforza e Guido Calogero dall'altro (Cfr. G. CALOGERO, W. CESARINI SFORZA, A.C. JEMOLO, S. PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Giuffrè ed., Milano, 2004), e quella su "i principi generali del diritto", innescata da una celebre prolusione di Giorgio Del Vecchio, con l'intervento di giuristi tra i quali Calogero Gangi, Biagio Brugi, Aldo Checchini, Tullio Ascarelli, Francesco Orestano, (Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè ed., Milano, 2000 e, specificamente A. FALZEA, *I principi generali del diritto. Relazione introduttiva*, in "Atti dei Convegni Lincei", 1992 ora anche in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè ed., Milano, 1999)

43 Ne *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916) Giovanni Gentile aveva scritto testualmente: "La filosofia del diritto avrà diritto a vivere finché si manterrà filosofia, alla quale non si perviene muovendo dal diritto, come non vi si perviene da nessun altro concetto empirico" (G: GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Sansoni ed., Firenze, 1961, p. VIII) . Cfr. in proposito di G. CAPOZZI, *Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile*, Firenze, 1977.

44 A proposito della *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia* (1909) di Benedetto Croce, Vittorio Frosini scrive: "Il punto di forza del pensiero crociano è costituito dalla dimostrazione filosofica, che egli ha indubbiamente dato, seguendo la logica di Don Ferrante, secondo la quale la legge giuridica è una irrealtà, giacché gli atti pratici sono etici e universali ovvero economici e particolari, tertium non datur, e dunque il diritto, giacché non è moralità, si riduce e si risolve in un'astrazione di schemi e di pseudoconcetti derivati dalle concrete volizioni economiche" (*L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè ed., Varese, 1978, p. 10). Ma già Guido Calogero aveva puntualmente aveva in evidenza che "il processo mentale, con cui Croce ha ridotto la giuridicità ad economicità, è con ciò, più esattamente, un processo di eliminazione della stessa giuridicità" (G. CALOGERO, Croce e la scienza giuridica, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", III-IV (1952-53), p. 2).

45 Cedam, Padova, 2005, pp. 424.

46 F. CASA, Sulla giurisprudenza come scienza, cit., pp. 1-2.

47 Dalla II Prefazione di A. Berardi, G. Caruso, F. Casa, G. Ferasin e T. Tasso a F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, p. XI.

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

49 Cfr. il mio *Ricordo di Enrico Opocher*, Istituto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2006.

50 Op. cit., p.181.

51 "Ecco qual è molto probabilmente la ragione profonda della singolare fortuna che il formalismo e le posizioni filosofiche che vi si riconnettono, hanno trovato tra i teorici del diritto, anche se poi questi teorici amano attribuire un simile formalismo all'essenza stessa del diritto" (Op. cit., pp. 185- 186)

52 Op. cit., pp. 184-185. Opocher a questo proposito polemizza direttamente con Bobbio, il quale dopo aver sostenuto che la filosofia del diritto aveva due compiti distinti, quello di sviluppare una teoria del metodo della conoscenza giuridica e quello di porre e chiarire il problema della giustizia, aveva definito metodologico il primo e il secondo inevitabilmente ideologico (*Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1945), concludendo peraltro con un'affermazione di assoluto relativismo storicistico, che verrà fissata in una recensione al *De la justice* di Chaim Perelmann: "Diverse formule di giustizia (...) corrispondono a diverse situazioni di fatto" (*Sulla nozione di giustizia*, Modena, 1952, p. 15 dell'estratto; cfr. A. ZACCARIA, Norberto Bobbio, cit., pp. 31 ss.). "Ciò che Bobbio va sostenendo sul contenuto ideologico della filosofia del diritto - osserva Opocher, allargando la polemica - anche se è, come io credo, molto discutibile sul piano generale, esprime indubbiamente in modo esatto la tragedia dei moderni filosofi del diritto, la tragedia di quei chierici che sentono come la verità giuridica, il valore giuridico, non possa, senza contraddire al suo stesso concetto, contrapporsi alla storia come una mera forma priva di contenuto, ma che, d'altra parte, non riescono a dare un contenuto a questa forma vuota, senza cadere in un'affermazione ideologica, ossia, in definitiva, senza sacrificare alle istanze della storia il concetto stesso di verità giuridica. (...) Quanto più si è sentita la necessità di dare un contenuto concreto alla verità giuridica e quindi di non opporla alla storia, tanto più l'affermazione di questa verità è andata trasformandosi in una mera affermazione ideologica" (E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 184-185).

53 Op. cit., p. 185.

54 Alla "crisi del diritto" venne dedicato, nel 1951, un corso di conferenze presso la Facoltà giuridica dell'Università di Padova in cui si intrecciarono interventi di giuristi come Giacomo Delitala (*La crisi del diritto nella società contemporanea*), Arturo Carlo Jemolo (*La crisi dello Stato moderno*), Giorgio Ballardore Pallieri (*La crisi della personalità dello Stato*), Piero Calamandrei (*La crisi della giustizia*), Francesco Carnelutti (*La morte del diritto*) e di filosofi come Georges Ripert (*Évolution et progrès du droit*), Giuseppe Capograssi (*L'ambiguità del diritto contemporaneo*) e Adolfo Ravà (*Crisi del diritto e crisi mondiale*), poi raccolte nel volume *La crisi del diritto*, cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1953.

55 E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 188 e 189 passim.

56 Potrebbe essere interessante e suggestivo confrontare questa riflessione, di sessant'anni fa', sul "diritto senza verità" con la recentissima professione di nichilismo giuridico di Natalino Irti: "Non c'è da stupire che la formula del nichilismo, appena enunciata e ragionata, si sia diffusa nel mondo degli studi giuridici. Che cosa è il nichilismo giuridico se non sciogliere il diritto da ogni condizione sovra-positiva? Che cosa, se non risolverlo nell'efficienza del funzionare e nella regolarità del procedere? Il formalismo è fraterno al nichilismo, insieme fattore determinante e conseguenza ineluttabile. (...) Il nulla, che s'insedia nel diritto e ne attraversa le forme, è proprio nell'assenza di presupposti immutabili. Qui non c'è luogo a soluzioni transattive o eclettismi consolatori, ma duro e schietto aut-aut: o la radicale immanenza nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'uscita verso l'alto, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle 'cose'. Il dovere di sincerità incombe - ammonisce Irti, e non si può non dargli ragione - anche sui critici del nichilismo" (*In dialogo su Nichilismo giuridico*, in *"Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto"*, 2006 (LXXXIII), pp. 179-180. Del medesimo autore cfr *Nichilismo giuridico*, Laterza ed., Roma- Bari, 2004.). Ma anche sul suo fautore, dobbiamo aggiungere per correttezza e coerenza, il quale dovrebbe dire su che cosa poggiano la "efficienza del funzionare" e la "regolarità del procedere", di cui il giurista dovrebbe essere garante, e decidersi, aut-aut: o su qualcosa che sta in alto guardando alla quale l'uomo si orienta e si regola; oppure sul nulla, ma allora dovrebbe riconoscere che nulla è l'efficienza, nulla la regolarità, nullo l'ordinamento giuridico!

57 "I teorici del diritto hanno una responsabilità profonda di fronte alla crisi contemporanea e non potranno condurre validamente la loro lotta per la verità del diritto se non riusciranno a superare l'orientamento laico che li ha finora

guidati". "Anche nel campo dell'esperienza giuridica, il fallimento del laicismo giuridico o, se si vuole, della metafisica dell'antimetafisica, implica, per le sconvolgenti conseguenze alle quali apre la via, la possibilità di un valido superamento". "La stessa scienza del diritto, nel suo travaglio interiore, ponendo il problema della sua essenza, sente prepotente il bisogno di superare la sua premessa laicistica, di fondare la sua stessa dignità di scienza sulla verità del diritto". "Un compito immane attende i teorici del diritto nel mondo storico: uscire dal comodo rifugio del laicismo e scendere tra i tumulti e le risse di questo mondo" (E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 189-191 passim. .

58 Op. cit., p. 187. Si tratta dell'affermazione che si trova in GROZIO, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, § 11. Si veda in proposito quanto scrive F. TODESCAN, *Etiamsi daremus*. Studi sinfonici sul diritto naturale, Cedam, Padova, 2003.

59 Cfr. E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 187, dove si fa riferimento a THOMASIO, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta in quibus secernuntur principia honesti, iusti ac decori*, L. I, C, VI, § XL-XLII. Si veda in proposito A. VILLANI, *Christian Thomasius illuminista e pietista*, Napoli, 1997.

60 Per una puntuale distinzione tra la concezione classica, metafisica, del giusnaturalismo e quella moderna, scientifica, è utile vedere la voce *Giusnaturalismo* della *Enciclopedia del diritto*, a cura di Sergio Cotta.

61 E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 188-189.

62 Cfr. il nostro *Filosofia e scienza del diritto*, Acc. Mil., Modena, 1988, pp. 29 ss.

63 Scrive in proposito Opocher: "Quella di Capograssi, per quanto profonda e importante sia, è solo una delle direzioni in cui la concezione del diritto come esperienza può essere svolta" e se una specie di priorità va riconosciuta in questo campo a Capograssi, ciò dipende "dal fatto che il carattere della prospettiva che gli fu peculiare, il suo temperamento speculativo e la funzione formativa che egli seppe esercitare sulla filosofia del diritto e la scienza giuridica del suo tempo riuscirono ad esprimere in modo incomparabile tutta la fecondità problematica della nozione di esperienza giuridica e a svolgerne alcuni temi fondamentali che (...) segnano la misura del contributo che la scienza e la filosofia del diritto possono attendersi, per il loro sviluppo, dalla nozione del diritto come esperienza" (E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, voce della *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano. Con Enrico Opocher, allievi diretti di Capograssi furono Flavio Lopez de Oñate, Pietro Piovani, Antonio Villani e Ruggero Meneghelli ma, seppure di riflesso, tanti altri filosofi, tra i quali va ricordato Francesco Mercadante, e giuristi, tra cui emerge la figura di Salvatore Satta.

64 Nell'altro emisfero, quello australe, la medesima intuizione si trova nella ricerca di Felix Adolfo Lamas, filosofo e giurista argentino (Cfr. F.A. LAMAS, *Experiencia jurídica*, IEF ed., Buenos Aires, 1991).

65 Cfr. E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, cit., vol. I, p. 81.

66 G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Opere*, Giuffrè ed., Milano, vol. II, p. 4

67 Guido Fassò, nella sua monumentale storia della filosofia del diritto, dopo aver ricordato come anche un "rigoroso assertore del formalismo", come Pietro Calamandrei, "proprio per l'esperienza della storia" avesse criticato "l'abuso della logica astratta" e invitato i giudici a "mettersi con coraggio sulla strada del giudizio di equità", afferma tassativamente che "la riconciliazione tra scienza e filosofia del diritto avvenne però per altra via, grazie all'opera mediatrice di una singolare figura di pensatore che esercitò, forse con la sua personalità più ancora che con la sua dottrina, una forte suggestione sui giuristi italiani: Giuseppe Capograssi, il quale, pur filosofo – anzi, filosofo a tendenza mistica, profondamente sensibile al fatto religioso – assunse verso la scienza giuridica, di contro al 'metodo della superbia' degli idealisti, un atteggiamento di modestia e di umiltà" (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento, Laterza ed., Roma-Bari, 2001, pp. 323-324).

68 Op. cit., p. 324.

69 E. OPOCHER, *Legge e verità: riflessioni su di un passo platonico*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", L (1973), p. 758.

70 Ibidem. Cfr. altresì di E. OPOCHER, *A proposito di diritto e analisi del linguaggio*, in "Rivista di diritto civile", XXIII (1977), pp. 156-163.

71 Cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cadam, Padova, 1955.

72 M. GENTILE, *Come si pone il problema metafisico*, Cedam, Padova, 1965², p. 43. Per intendere questo magnifico simbolo, "occorre naturalmente essersi fermati qualche volta ad osservare realmente un fiume e avere colto, almeno fuggevolmente, il senso profondo che esso dà della continuità e dell'intensità del movimento. Occorre, anche, essersi

fermati, almeno brevemente, a riflettere sulle condizioni di tale sentimento elementare e quindi constatare che il fiume può essere segmentato nelle singole gocce che lo costituiscono e divenire tema di una scomposizione infinitesimale, come quella che effettivamente ne fanno gli scienziati idraulici per ricavare il disegno di dighe, di ponti, di condotte forzate, di turbine: ma se in tal modo il fiume può diventare tema di un'analisi portata all'estremo degli infinitesimi, questa, per esserci, deve riportarsi all'intuizione sintetica di un processo unitario, nel quale ogni punto deve ricorrentemente risolversi ed annullarsi. Resta alla fine l'immagine di quell'incessante incalzarsi e trascorrere, che è la condizione dell'esperienza come matrice del sapere. Perciò è necessario liberare quel coacervo di rappresentazioni che viene spesso considerato come autentica esperienza, sia dalle risonanze emotive che ne alterano il carattere conoscitivo, sia dalle aggiunte e superfetazioni che sono il residuo di precedenti elaborazioni concettuali, le quali vengono confuse con la rappresentazione diretta e immediata del divenire. Sicché una delle fatiche maggiori per guadagnare la posizione di partenza della filosofia consiste, anziché in una precoce e perciò intempestiva formazione di concetti, nel ripulire l'esperienza dalle sovrapposizioni di precedenti elaborazioni concettuali. Per quest'opera di chiarificazione e di purificazione sono ancora specialmente attuali alcune pagine di Bergson, rivolte a far scoprire sotto la crosta gelata degli irrigidimenti intellettualistici la corrente liquida dell'esperienza. La copertura di ghiaccio è prodotta da quella che Bergson chiama l'intelligenza febbrile, cioè la scienza rivolta al sapere operativo, mentre gli strati protetti dal gelo fluiscono con la libertà dell'intuizione, cioè dell'esperienza non adulterata dall'operatività scientifica" (M. GENTILE, *Breve trattato di filosofia*, Cedam, Padova, 1974, pp. 45-46).

73 All'origine di Come si pone il problema metafisico sono dieci lezioni che Marino Gentile tenne ai corsi estivi di Bressanone nell'estate del 1954. Non sapendo manovrare il registratore, mio padre mi chiese di aiutarlo. E così, per ragioni "tecniche" e "familiari", anch'io le ascoltavi, mentre trascorrevi le vacanze dopo la maturità alle pendici della Plöse!

74 M. GENTILE, *Breve trattato di filosofia*, cit., p. 18. L'affermazione è sostenuta da una considerazione etimologica del termine greco antico "epistasthai" e del tedesco "verstehen" che indicano entrambi il sapere, riferendosi alla medesima immagine, dello "stare", inteso come una posizione di sicurezza e di stabilità. Va altresì notato che, prima di diventare transitivi ed indicare un'operazione che passa da un soggetto ad un oggetto, i due verbi designavano semplicemente una condizione del soggetto.

75 Nell'Istituto di filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza di Padova, dove ho trascorso la più parte della mia vita, posso dire senza iattanza d'aver esercitato disinteressatamente, sin dai primi tempi tesi e turbolenti, una funzione di equilibrio e di distensione, forse per questo Opocher mi trovò il soprannome di "doctor heroicus". E con me e dopo di me in questo luogo privilegiato della ricerca sono cresciute e hanno trovato fruttuosa ospitalità più generazioni di studiosi, da Francesco Cavalla, Franco Todescan e Alberto Andreatta a Giuseppe Zaccaria e Giovanni Fiaschi, da Giampiero Calabrò e Michele Donatati a Nereo Tabaroni, Dario Quaglio, Stefano Fontana a Gaetano Marini, Liliana Aloisi e Francesca Zanuso; da Alberro Scerbo, Ugo Pagallo, Marco Cossutta, Ottavio De Bertolis e Lucio Franzese a Marcello Fracanzani, Torquato G. Tasso, Elvio Ancona e Domenico Menorello; da Federico Casa, Giovanni Caruso e Alberto Berardi a Giovanni Ferasin, Enrica Cozza, e Federico Costantini; da Marco Greggio, Massimo Tringali e Daniele Corrado, ad Andrea Favaro, Sara Todesco e Cristina Bislacco; da Gabriele Civello, Giuseppe Perini ed Elisa De Belvis a Cristiano Antonini, Carmelo Leotta, Francesca Fabris, Stefano Favaro ed Eliana Cappuzzo; dall'argentina Maria de Lezica al cileno Gonzalo Letelier Widov. Tra questi un posto particolare, per me, ha trovato Anna Lisa Zaccaria Gentile, mia consorte e mia Fortuna, nel cui amore geduldig ho riconosciuto il riflesso dell'Amore che consente all'uomo di cantare col Salmo 39: "Ho sperato: ho sperato nel Signore / ed egli su di me si è chinato, / ha ascoltato il mio grido. (...) Beato l'uomo che spera nel Signore / e non si mette dalla parte dei superbi, / né si volge a chi segue la menzogna".

76 Cfr. i miei *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale. Saggio sul concetto di società nel pensiero di C. H. de Saint-Simon*, Cedam, Padova, 1960 e *Che cosa ha veramente detto Saint-Simon*, Ed. Astrolabio, Roma, 1973, oltre ai tanti saggi minori e alle traduzioni.

77 Cfr. i miei *L'esprit classique nel pensiero di Montesquieu*, Cedam, Padova, 1965 e *Saggi su Montesquieu*, La Garangola ed., Padova, 1971, oltre tanti altri saggi minori.

78 Cfr. le mie *Lezioni di dottrine sociali*, Dispense dell'Istituto Superiore di Scienze Sociali, Trento, 1967.

79 Un interessante documento di quella stagione è offerto dal volume *La società criticata. Revisioni fra due culture* (Morano ed., Napoli, 1974), in cui sono raccolti i saggi di un gruppo di giovani ricercatori riuniti intorno a Sergio Cotta nella critica della "mentalità tecnologica" dominante: Francesco D'Agostino, Alberto Andreatta, Pierfranco Ventura, Bruno Romano Gaetano Carcaterra, Franco Todescan, Paolo Pasqualucci, Giuseppe Zaccaria, Francesco Cavalla ed io.

80 Cfr. di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), in *Opere*, cit., vol. V, p. 314.

81 "Un modo davvero curioso questo di preservare l'ordinamento giuridico dall'insolenza della storia! Nel torbido delle volontà individuali e dei giudizi soggettivi di valore, che secondo l'ipotesi kelseniana caratterizza il corso irrequieto della

storia, la scienza positiva manterrebbe il diritto puro e incontaminato, sottratto alla lotta delle singole parti, mettendolo immediatamente a disposizione di quella che di fatto sia riuscita ad affermarsi sulle altre e che di fatto riesca a mantenere il predominio. Con l'artificio della norma fondamentale, principio unificatore e garante della funzionalità del sistema normativo, si attua la 'trasformazione del potere in diritto'. 'Chi ha vinto diventa padre della costituzione, legislatore e la sua volontà in quanto e fino a quando ha la forza di farsi obbedire, diventa valida' è l'amara considerazione di Capograssi" (cfr. il mio La cultura giuridica contemporanea fra scienza e storia, in "Incontri culturali", XIII(1980), fasc. 1-2. p. 41). Potrebbe altresì vedersi il mio Il problema del rapporto tra operatività e fondamento delle norme nel pensiero kelseniano, in AA.VV., Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento, Enciclopedia Italiana ed., Roma, 1983, pp. 93 ss.

82 U. SCARPELLI, Il diritto nella società industriale, in "Atti del IX Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica", Giuffrè ed., Milano, 1974, p. 11.

83 Op. cit., p.38.

84 Op. cit., p. 28. Cfr. altresì in proposito il mio Per fare il punto sulla filosofia giuridica e politica italiana degli anni Settanta, in "Archivio Giuridico", CXCIII (1977), fasc. 1, p. 14..

85 G. TARELLO, Il diritto come ordinamento, in "Atti del X Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica", Giuffrè ed., Milano, 1976, p. 236

86 Op. cit., p. 237.

87 G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino ed., Bologna, 1976, p. 17.

88 G. TARELLO, Il diritto come ordinamento, cit., p. 70.

89 N. BOBBIO, Il positivismo e il neopositivismo, in "Atti dell'XI Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica", cit., vol. II, p. 123.

90 A. BARATTA, Il positivismo e il neopositivismo, in "Atti dell'XI Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica", cit. vol. II, p. 57.

91 E. DI ROBILANT, Il diritto come ordinamento, in "Atti del X Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica", cit., p. 96.

92 G. GAVAZZI, La motivazione delle leggi, in "Il Politico", XXXIX (1974), n. 2, pp.173 ss.

93 Ibid.

94 Gli Incontri dell'Ircocervo si tennero in Calabria nel quadro delle iniziative scientifiche della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro e col patronato del professor Giuseppe Ferrari, giudice della Corte Costituzionale. Nella terza edizione del tutto rinnovata e corredata di note de Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti (Esi, Napoli, 2006), Perlingieri chiarirà l'autentico significato da lui attribuito al concetto di "legalità costituzionale", dissipando ogni possibile fraintendimento. Cfr. in proposito il mio Il diritto civile nella legalità costituzionale di Pietro Perlingieri, in "L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato", VI (2007), n. 2 (www.filosofiadeldiritto.it).

96 Cfr. in proposito il mio Esperienza giuridica e secolarizzazione, in AA.VV., Esperienza giuridica e secolarizzazione, a cura di D. Castellano e G. Cordini, Giuffrè ed., Milano, 1994. pp. 17 ss. e altresì di M. VILLEY, De l'indicatif dans le droit in Seize essais de philosophe du droit, Dalloz ed., Paris, 1961.

97 Per un sommaria ricognizione può essere interessante vedere i miei Dottrine sociali, cit.; Intelligenza politica e ragion di stato, Giuffrè ed., Milano, 1983; Politica aut/et statistica, Giuffrè ed., Milano, 2003.

98 Per una sommaria ricognizione può essere utile vedere i miei Filosofia e scienza del diritto, cit.; Politicità e positività nell'opera del legislatore, Catanzaro, 1998; Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Terza edizione integrata da quattro codicilli, Cedam, Padova, 2005

99 Dal 2002 si pubblica altresì la rivista elettronica "L'Ircocervo" sul sito www.lircocervo.it

100 Phys., 208 a 29-31. Tragelaphos si dice in greco della sua fortuna parla G. Sillitti in un saggio assai ben documentato (Bibliopolis ed., Napoli, 1981).

101 B. CROCE, Pagine sparse, Napoli, 1943, vol. I, p. 22.

102 B. CROCE, La filosofia del diritto nelle facoltà di giurisprudenza, in "La Critica", V (1907), pp. 173-174.

103 B. CROCE, Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale, Palermo, 1904², p. 59.

104 Cfr. il mio La Prudentia iuris in AA. VV., Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa, Marcianum ed., Venezia, in corso di stampa.

105 Cfr. di S. COTTA, L'uomo tolemaico, Rizzoli ed., Milano, 1975 e il mio Alle radici della mentalità tecnologica, in "Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos", Univ. de Navarra, in corso di stampa.

106 Per una ricostruzione del mio modo di intendere la "geometria legale" cfr. U. PAGALLO, Teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto in Francesco Gentile, in appendice al mio Ordinamento giuridico, cit., e altresì De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política, a cura di M. Ayuso Torres, Marcial Pons, Madrid, 2006.

107 Cfr. il mio Le jeu politique du promeneur solitaire, in AA. VV., Jean-Jacques Rousseau et la crise contemporaine de la conscience, Beauchesne ed., Paris, 1980, pp. 325 ss.

108 Cfr. il mio Sulla società come compagnia di assicurazione ovvero della falsa alternativa tra 'stato di diritto' e 'stato sociale', in Politica aut/et statistica, cit., pp. 89 ss.

109 Cfr. il mio Sull'ordinamento come meccanismo assicurativo ovvero dei diritti soggettivi e degli obblighi giuridici nell'État Providence, in Politica aut/et statistica, cit., pp. 99 ss.

110 Cfr. in proposito di N. IRTI, Due saggi sul dovere giuridico, Novene ed., Napoli, 1974; nonché il mio I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti, in "Atti del XIV Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica" a cura di R. Orecchia, Giuffrè ed., Milano, 1984, pp. 117 ss.

111 Di straordinario interesse sono le parole del Papa Benedetto, pronunciate all'Assemblea delle Nazioni Unite il 18 aprile 2008, a proposito di legalità e diritti: "L'esperienza ci insegna che spesso la legalità prevale sulla giustizia quando l'insistenza sui diritti umani li fa apparire come l'esclusivo risultato di provvedimenti legislativi o di decisioni normative prese dalle varie agenzie di coloro che sono al potere. Quando vengono presentati semplicemente in termini di legalità, i diritti rischiano di diventare deboli proposizioni staccate dalla dimensione etica e razionale, che è il loro fondamento e scopo. (...) Dato che i diritti e i conseguenti doveri seguono naturalmente dall'interazione umana, è facile dimenticare che essi sono il frutto di un comune senso della giustizia, basato primariamente sulla solidarietà fra i membri della società e perciò validi per tutti i tempi e per tutti i popoli".

112 H. KELSEN, Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, de Gruyter, 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. Un interessante antecedente potrebbe trovarsi già nella relazione al Titolo preliminare del Code Civil, presentata da J.S.M. Portalis, nella seduta del Corps Législatif, il 4 del mese ventoso dell'anno XI della Rivoluzione francese (23 febbraio 1803), dove si legge: "Il potere legislativo è onnipotenza umana. La legge stabilisce, cambia, modifica, perfeziona; distrugge ciò che è, crea ciò che non è ancora. La mente di un grande legislatore è una specie di Olimpo donde promanano le grandi idee, le felici concezioni che provvedono alle fortune degli uomini e al destino degli stati".

113 Per l'uso distorto, autentico abuso, che si è fatto di questo nome esso può condurre, e troppe volte a condotto, ad equivoci pericolosissimi, tanto che sovente esso viene usato con una valenza negativa. Ma non è così. "Alla base della vita morale sta il principio di una 'giusta autonomia dell'uomo, soggetto personale dei suoi atti - si legge nella Enciclica Veritatis splendor (40) del Papa Giovanni Paolo, il quale, richiamando la costituzione del Concilio Vaticano II, Gaudium et spes, continua - la legge morale proviene da Dio e trova sempre in lui la sua sorgente: in forza della ragione naturale, che deriva dalla sapienza divina, essa è, al tempo stesso, la legge propria dell'uomo. La legge naturale infatti, come si è visto, 'altro non è che la luce dell'intelligenza infusa in noi da Dio., Grazie ad essa conosciamo ciò che si deve compiere e ciò che si deve evitare. Questa luce e questa legge Dio l'ha donata nella creazione' (TOMMASO D'AQUINO, Opuscula teologica, II, n. 1129). La giusta autonomia della ragione pratica significa che l'uomo possiede in se stesso la propria legge, ricevuta dal Creatore. Tuttavia l'autonomia della ragione non può significare la creazione, da parte della stessa ragione, dei valori e delle norme morali. Se questa autonomia implicasse una negazione della partecipazione della ragione pratica alla

sapienza del Creatore e Legislatore divino, oppure se suggerisse una libertà creatrice delle norme morali, a seconda delle contingenze storiche o delle diverse società e culture, una tale pretesa autonomia contraddirebbe l'insegnamento della Chiesa sulla verità dell'uomo. Sarebbe la morte della vera libertà: 'Ma dell'albero della conoscenza del bene e del male non devi mangiare, perché, quando tu ne mangiassi, certamente moriresti' (Gn 2, 17)".

114 A questo proposito si veda il prezioso volume di F.A. LAMAS, *La concordia politica. (Vinculo unitivo del estado y parte de la justicia concreta)*, Abeledo-Perrot ed., Buenos Aires, 1975.

115 Sarebbe interessante riflettere su come la quaestio scolastica affondi le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. in proposito *Struttura e svolgimento della quaestio. Suggestioni per la composizione di una tesi* forniti agli scolari di Teoria generale e di Filosofia del diritto, a cura di E. Ancona e M. Fracanzani, CUSL, Padova 1998.

116 *De l'indicatif dans le droit in Seize essais de philosophie du droit*, di M. VILLEY, Dalloz ed., Paris 1961..

117 A mio avviso è questo il solo modo oggi praticabile per recuperare la grande nozione di "diritto naturale", stravolta dal cosiddetto giusnaturalismo moderno e compromessa dalla tentazione di trarre, per deduzione astratta, il diritto positivo da un diritto naturale, ipoteticamente assunto come a priori. Cfr. in proposito il mio *Su natura e diritto ovvero della difficile intercettazione di un U.F.O.: il diritto naturale in Politica aut/et statistica*, cit. pp. 199 ss.

118 Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W. WALSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Cedam, Padova, 2002 e soprattutto U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Cedam, Padova, 2003.

119 Sarà facile riconoscere qui il testo dall'Enchiridio di Pomponio (D. 1,2,2,6) dove si parla delle *Leges duodecim tabularum* da cui cominciò a fluire quel "diritto che nacque senza scrittura, composto dai giureconsulti, che non si chiama con qualche particolare denominazione come le altre parti sono indicate con propri nomi, date alle altre parti le loro peculiari denominazioni, ma si chiama con nome comune diritto civile"

120 Si veda in proposito le acute pagine di Vittorio Mathieu su *Le vicende della Teodicea* poste ad introduzione del volume G.G. LEIBNIZ, *Teodicea*, a cura di V. Mathieu, Zanichelli ed., Bologna, 1973, pp. 3 ss.

121 A. CAMUS, *L'homme révolté*, tr. it., Bompiani, Milano, 2005³, p. 327.

122 Questa domanda tormenta l'uomo in rivolta di Albert Camus, le cui parole dovrebbero, tuttavia, essere lette per intero se se ne vuole intendere sino in fondo l'autentica tensione. "Per dire che la vita è assurda, bisogna che la coscienza viva" e ancora "Se era dunque legittimo tener conto della sensibilità assurda, fare la diagnosi di un male quale lo si trova in sé e negli altri, è impossibile vedere in questa sensibilità, e nel nichilismo che essa implica, nient'altro che un punto di partenza. Una critica vissuta, l'equivalente sul piano dell'esistenza, del dubbio sistematico. Dopo di che bisogna spezzare i giochi fissi dello specchio ed entrare nel moto irresistibile mediante il quale l'assurdo supera se stesso".

123 C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, citato da C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino ed., Bologna, 1984, p. 61. Nonché cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jedere Politische Theologie*, tr. it. A cura di A. Caracciolo, Giuffré ed., Milano, 1992.

124 Cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffré ed., Milano, 2000.

125 Del termine *metánoia* il vocabolario dà una serie di traduzioni assai diverse, sovertimento di pensiero, cambiamento di senso, rivolgimento di vita, pentimento ecc. Quella di "conversione" sembra tuttavia la più congrua e comunque la più conveniente per la radicalità che è capace di veicolare. Tale radicalità risulta ancor più accentuata nell'accezione cristiana del termine come s'intende solo che si mettano a confronto il pentimento con la conversione: il primo, d'impronta tipicamente greca, può riguardare infatti un singolo atto del pensare, del sentire o del volere mentre la seconda, d'impronta tipicamente cristiana, riguarda la vita nella sua interezza ed implica un rinnovamento fino nella profondità dell'essere. Volendo approfondire il ragionamento bisognerebbe riflettere sul termine greco di *epistrophé*, usato specificamente per conversione, che designa il movimento circolare ossia, come osserva anche Platone, il movimento perfetto appartenente agli dei, al cielo e alla terra. Il circolo, infatti, segna il ritorno dell'esistenza su se stessa. Lo stoicismo e il neoplatonismo, faranno della *epistrophé*, del ritorno all'unità del reale, il principale postulato morale, donde l'idea che l'uomo per poter ritrovare se stesso abbia bisogno del movimento globale di rivolgimento e quindi debba convertirsi, per ricondurre la sua vita dalla dissipazione nell'esteriorità al raccoglimento nell'interiorità. E tanto basta per intendere come in realtà i Padri della Chiesa abbiano potuto avvicinare l' *epistrophé* della filosofia classica alla *metánoia* della fede.

126 R. GUARDINI, *Das Gute, das Gewissen und die Sammlung* (1933), tr. it. *La coscienza*, Morcelliana ed., Brescia 2001³, p. 25.

127 Riflettendo sulla particolare conformazione della prudenza, sui suoi "due volti", Pieper opportunamente avverte che tali affermazioni "risulterebbero più chiare e significative se la parola prudenza ci richiamasse ogni volta alla memoria che, in un certo senso, al suo posto si potrebbe anche dire coscienza" (J. PIEPER, *Traktat über die Klugheit*, tr. it. di G. Pezzato, Morcelliana ed., Brescia, 1999, p. 33). In tal senso va ricordato come nella prospettiva scolastica quella che viene abitualmente chiamata "la coscienza" è "l'unità vivente di sinderesi e di prudenza", l'una, la sinderesi, vertente sulla conoscenza dei principi universali del bene e del male, l'altra, la prudenza, vertente sulla scelta dei mezzi per giungere ai fini ultimi della vita umana. "La conscience droite et certaine n'est autre qu'un acte de la prudence, qui conseille, qui juge pratiquement et qui commande», scrive Garrigou-Lagrange (R. GARRIGOU-LAGRANGE, *Du caractère métaphysique de la théologie moral de Saint Thomas*, « *Revue Thomiste* », VIII (1925), p. 345, citato da J. PIEPER, *Traktat über die Klugheit*, cit., p. 354).

128 Dalla "Internationale katholische Zeitschrift *Communio*", XVI (1987), p. 265.

129 Cfr. il mio *Su linguaggio e diritto*, secondo codicillo di Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà, cit., pp. 121 ss.

130 R. GUARDINI, *Der Herr. Betrachtungen über die Person und das Leben Jesu Christi* (1937), tr. it. di G. Canobbio, Morcelliana ed., Brescia, 2005, p. 225.

131 Op. cit., p. 226.

132 Op. cit., p. 227.

133 Scrive Joseph Ratzinger: "Se si può dire da un lato in forma accentuata che la chiesa è la comunità in quanto comunione sotto la presidenza del vescovo di Roma, il quale detiene l'ufficio di primo testimone istituito dal Signore, che essa come tale è visibile ed unica, dotata di confini chiaramente delineabili, da un altro lato, la teologia cattolica deve anche dire con molta più chiarezza che non finora che con la effettiva presenza della parola al di fuori dei suoi confini c'è anche la 'chiesa' in una qualche forma, e che i confini dell'azione dello Spirito santo non si identificano con quelli della chiesa visibile. Da un lato, lo Spirito, la grazia, alla cui piena signoria è ordinata la chiesa, può infatti mancare anche a uomini che vivono nella chiesa; da un altro lato, può invece agire efficacemente in uomini che vivono al di fuori della chiesa. Sarebbe pazzesco e falso, come disse giustamente Congar (*Vraie et fauste riforme dans l'église*, Paris, 1950, p. 482), identificare semplicemente l'opera dello Spirito santo con il lavoro dell'apparato ecclesiastico" (J. RATZINGER, *Das neue Volk Gottes. Entwürfe zur Ecclesiologie*, Queriniana ed., Brescia, 1992², p. 131).

134 R. GUARDINI, *Der Herr*, cit., p. 226.

135 Il formalismo è fraterno al nichilismo, insieme fattore determinante e conseguenza ineluttabile – ammonisce Irti – il nulla, che s'insedia nel diritto e ne attraversa le forme, è proprio nell'assenza di presupposti immutabili. Qui non c'è luogo a soluzioni transattive o eclettismi consolatori, ma duro e schietto aut-aut: o la radicale immanenza nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'uscita verso l'alto, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle 'cose'. Il dovere di sincerità incombe anche sui critici del nichilismo".