

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 4 2019



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).
Finito di stampare nel mese di dicembre del 2019.

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti - Università di Macerata

Gianni Santucci - Università di Trento

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma

Dott.ssa Maria Teresa Capozza - “Lumsa” di Roma

Dott. Matteo Carnì - “Lumsa” di Roma

Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna

Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Andrea Favaro

RINNOVATA ‘*INVENTIO*’ DEL DIRITTO COME ESPERIENZA GIURIDICA. IL CONTRIBUTO DI PAOLO GROSSI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La attuale ‘fortuna’ del diritto positivo. – 3. Diritto inventato dai giudici: dalla scienza alla tecnica, per eludere la tirannia della legge? – 4. *Prudentia iuris* quale paradigma del giudicare presente nel confronto con l’orizzonte passato della statualità del diritto. – 5. L’imperativo della legge positiva nella realtà dell’indicativo dell’esperienza giuridica. – 6. Conclusione interlocutoria. Il rinnovato ruolo del giurista tra ordinamento costituito ed esperienza costituente.

1. *Premessa*

More solito i giuristi (come i filosofi e gli storici quanto differentemente accade a matematici e fisici) sono in grado di offrire al lettore attento (come pure alla comunità scientifica) i migliori frutti dell’ingegno che è stato loro affidato soprattutto in età matura.

Una deduzione simile, che normalmente risulta quantomeno rasserenante (per i giovani studiosi) è confermata solo parzialmente dall’esperienza intellettuale di Paolo Grossi.

La parzialità è causata sia dal fatto che i suoi lavori giovanili son parsi fin dagli anni Sessanta del secolo scorso come già maturi e autorevoli, sia dal risultato che pure le produzio-

* Contributo sottoposto a valutazione.

La presente disamina è debitrice dell’ausilio fornito dall’opera di due giusfilosofi ‘patavini’, entrambi e per motivi diversi non rientranti di per sé a pieno titolo nel novero dei successori alla cattedra che un tempo fu anche di Gianpaolo Tolomei, i quali hanno contribuito a far di questa scuola, in epoche distanti cinquant’anni ma tra loro connesse, un concreto ponte tra filosofia, esperienza e diritto: L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955; F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, I, *Un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005.

ni più recenti, propri dell'età matura del Nostro, palesano un originale «punto di arrivo di un itinerario culturale che ha radici lontane e che da sempre è andato alla ricerca di un diritto capace di ritrovare la sostanza dei rapporti umani rompendo la scorza degli enunciati, riscoprendo cioè la storia al di là del tentativo di ossificarla nella apparente immodificabilità delle parole o nella asserita inossidabilità dei dogmi»¹.

Ossificazione dell'esperienza, ossimorico rischio sempre denunciato dal Grossi merce il magistero dallo stesso fatto proprio sia di Giuseppe Capograssi sia di Santi Romano. Maestri, questi, che han sempre concesso al Nostro di essere lucido nelle sua icastiche critiche al pensiero giuridico (un tempo) dominante, non sempre accorto nel cogliere il concreto pulsare dell'esperienza giuridica.

Pensiero giuridico che, ad ogni modo, il maestro fiorentino ha studiato con accuratezza e acume raro, non concedendo nulla alla superficialità ed anzi cercando di fare della profondità un *modus operandi* utile e fecondo nel far emergere dati ai più invisibili, agli stessi, forse perché questi ottennebrati dall'ideologia di cui si ritenevano (ed alcuni ancor oggi si ritengono) ultimi alfieri.

La questione oggetto delle presenti riflessioni stimulate dal magistero grossiano involve un tema 'classico' nel senso più decisivo del termine.

'Classico', anzitutto, perché impone di volgere lo sguardo, ancora una volta, sul tema del fondamento del giuridico, sul legame tra le varie forme di normatività (giuridica, politica, morale, etica) e sulla questione se e come ciò possa qualificarsi scientificamente; su temi, dunque, che fanno parte della filosofia del diritto da tempo immemore e che appartengono pertanto al suo orizzonte teoretico più specifico.

Nel contempo, però, la questione è classica in un senso ulteriore, e finanche più grave perché come tutti i *classici* torna costantemente a riproporsi in forme nuove, sempre diversamente attuali, catalizzando l'attenzione degli osservatori. Se

¹ N. LIPARI, *A partire da "L'Invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 2, p. 349.

infatti 'classici' sono quei temi che non solo costituiscono un punto d'osservazione privilegiato per l'analisi del contesto storico e culturale all'interno del quale furono elaborati, ma più di tutto rappresentano paradigmi teoretici con i quali ogni generazione torna a confrontarsi, e attraverso i quali è possibile comprendere realtà di volta in volta diverse e imprevedute, il tema in oggetto è precisamente di questo genere. In particolare, il tema del valore del diritto, ovvero del suo fondamento storico-contingente o, direbbero alcuni, ontologico, se è vero che rappresenta uno dei 'luoghi' teoretici più costanti e ricorrenti del pensiero giuridico, si intreccia oggi con la discussione tutta moderna sulla scientificità dell'ordinamento giuridico, che investe in primo luogo il paradigma della *prudentia iuris*, come già il titolo della presente disamina tenta di sintetizzare, nonché il ruolo del giudice, sempiterno apice della terzietà (oggettività) del diritto.

In sunto, alla stregua del magistero di Paolo Grossi, si vorrebbe in questa sede far emergere la consapevolezza che il richiamo tanto frequente (e pure insistente) alla scientificità del diritto, si incalma, in modo più o meno evidente, su un paradigma filosofico che vede nel diritto qualcosa di assolutamente contingente, storico, fondato unicamente sull'accordo o, *rectius*, sulla volontà del legislatore, e dunque espressione diretta ed esclusiva della sovranità dello Stato di turno. Con la conseguenza che la concezione per la quale il diritto in sé possa veicolare determinati valori – a prescindere, volendo, dalla loro fondazione: teologica, antropologica, etica, etc. – viene percepita come un'indebita usurpazione della sovranità (statuale), come un'intromissione non dovuta nella sfera ordinamentale di 'altre' istanze sovrane. Riflessione questa, che significativamente ad ogni piè sospinto si ripropone e ad ogni passo viene comunque, *et pour case*, denunciata come insufficiente come si rileva anche dalla lettura comparata di alcune opere più o meno recenti sul tema.

«La mancanza di un profilo di storia del pensiero giuridico concreto, che valga a ricostruire e a rivivere per linee interne [...], i motivi e i problemi che nascono direttamente dall'esperienza di coloro che più direttamente sono a contatto con la vi-

ta del diritto», a detta del Caiani questa era, infatti, una delle lacune più evidenti della cultura filosofico-giuridica italiana nella prima metà del secolo scorso, alla quale tentava, giovane (e talentuoso) filosofo del diritto all'Università di Padova, di fornire un «modesto iniziale tentativo diretto a colmare»² tale deficienza.

Quello stesso 'profilo', appunto, che il Grossi cerca di ricostruire sin dal titolo di una delle sue opere con l'esplicita intenzione di definire una «storia della scienza giuridica vista *dal di dentro* della stessa»³. La *quaestio* che entrambi gli studiosi malcelano è l'anelito a voler (ri)costruire un piano comune tra i pratici e i teorici del diritto, perché entrambi consci – tanto il filosofo quanto lo storico – che il diritto 'pulsava' nella esperienza comune dell'umano, alla quale, solo, ogni studio sul diritto dovrebbe mirare.

Date tali premesse, ancor più interessante e proficua risulta la disamina di Federico Casa⁴, altro filosofo del diritto patavino da sempre attento alle dinamiche concrete dell'esperienza giuridica, che ha come scopo precipuo quello di fornire i criteri interpretativi della scienza giuridica italiana, investigandone il profilo epistemologico.

L'esito dell'analisi offerta dallo studioso inquadra in maniera lapalissiana la percezione che la filosofia del diritto riuscirà ad interpretare compiutamente il proprio ruolo solo se riconoscerà il senso e il rilievo della scienza giuridica e di quelle concrete attività dei 'pratici', che alla scienza medesima strettamente si connettono⁵. Non tanto, o perlomeno non solo,

² L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., p. 201.

³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, p. XVI. Utili e curiosi sono due osservazioni. Innanzi tutto, sebbene i precisi e comuni richiami testuali farebbero pensare altrimenti, il Grossi non fa mai menzione esplicita dell'opera del Caiani. Inoltre, nel prosieguo si vedrà come la tematica, seppur affrontata da studiosi di discipline giuridiche certamente non contigue, è sviscerata utilizzando metodi simili e soprattutto con la comune preoccupazione sia del filosofo sia dello storico di guardare dentro la scienza del diritto positivo, non per questo del positivismo, accorgendosi di essere in una posizione al contempo privilegiata ed estranea.

⁴ Cfr. F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit.

⁵ Cfr. F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 29, nota 89, dove, recuperando E. FAZZALARI, *Conoscenza e valori. Saggi*, Torino, 2004, pp. 25-26,

per quello che gli esiti della scienza del diritto hanno di compiuto e di definitivo, quanto, o perlomeno anche, per i contenuti che ad essi ineriscono e per i problemi a cui danno risposta, nonché, infine, per le questioni⁶ che questi stessi prospettano.

Difatti siamo latori dell'opinione che, qualsiasi siano l'indole e la funzione⁷ che al diritto si intendano attribuire, non se ne può disconoscere il legame che lo unisce alla *realtà* e, precipuamente, ai suoi (eventuali) *conflitti*, ma su questo torneremo nelle conclusioni. È dunque evidente come la questione in esame non possa utilmente appellarsi ad un interesse meramente storico e ricostruttivo, peraltro importantissimo e imprescindibile⁸, ma chieda al contrario uno sforzo teoretico ulteriore, finalizzato alla comprensione di come il tema della scientificità del diritto si possa porre oggi all'interno del processo, e di come esso si intrecci con quello della natura del di-

esplica tutta la sua peculiare attenzione al contributo del giurista inteso però non come 'teorico del diritto' e nemmeno come 'scienziato del diritto', quanto invece come «colui che partecipa al dibattito [anche] *de iure condendo*».

⁶ Le antinomie e i paradossi della filosofia e della scienza del diritto non sono, così, che aspetti particolari e peculiari delle antinomie e dei paradossi della cultura contemporanea; e attestano tuttavia un punto non contestabile: che filosofia e scienza del diritto sono congiuntamente, anche se diversamente, connesse ai moti che agitano la condizione e la vita degli uomini, e alla delineazione del principio dialettico, e del senso della processualità storica, che a quei moti dovrebbe presiedere.

⁷ Circa una disamina sulla *funzione* del diritto, interessanti rimangono le osservazioni di S. COTTA, *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un'analisi onto-fenomenologica)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973, pp. 398-412. Si confronti con N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.

⁸ Come dimostrano gli stessi Autori dai quali abbiamo preso le mosse. Dapprima il Caiani (cfr. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*) che sviluppa le sue meditazioni da teorico generale partecipando dell'esperienza propria del Carnelutti (*ivi*, pp. 79-111), del Satta, del Calamandrei, del Capograssi (*ivi*, pp. 113-128), dell'Ascarelli (*ivi*, pp. 129-162), nonché del Betti (*ivi*, pp. 163-199). Negli ultimi scorcii del secolo scorso il Grossi (cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., *passim*) ugualmente appronta il suo affresco sulla scienza giuridica italiana dipanando un'immensa matassa di sapere giuridico (pratico) raffigurato da studiosi del calibro di, *inter alios*, Chironi, Polacco, Orlando, Vivante, Mortara, Coviello, Messina, Romano, Rocco, Manzini, Chiovenda, Carnelutti, Jemolo, Calamandrei, Ascarelli, Panunzio, Asquini, Mossa, Giannini, Santoro-Passarelli, Miele, Satta, Bettiol, Antolisei, Ruffini, D'Avack, Pugliatti, Mortati, Esposito, Betti.

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

Stimolo cardine di una ricerca tanto improba da apparire illusoria, permane il monito del Grossi che ricorda a tutti (e a ciascun giusperito in specie) come «in ogni branca dello scibile giuridico il giurista più vivace sente il bisogno di affrontare temi di fondazione e di rifondazione del proprio sapere»⁹.

In tal modo intendiamo sin da subito ammettere il punto di partenza: verificare nel concreto dell'esperienza umana se il diritto in quanto tale possa configurarsi come uno strumento valido per offrire un criterio di ordine alle relazioni intersoggettive¹⁰, che non sia fondato in virtù di un mero rapporto di forza, perché riteniamo vera la seguente affermazione: «un'elaborazione ordinata della epistemologia delle scienze umane richiede la esplicitazione di due premesse fondamentali, [...] l'esistenza dell'uomo e l'esistenza della società»¹¹.

⁹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 22. Lo storico prosegue asserendo «di farlo elevando il tono della voce. I tempi appaiono fertili anche se molti semi si isteriliranno e avranno vita nascosta o attecchiranno tardi».

¹⁰ Carattere ontologico, questo, che non può essere rintracciato nella concezione giuridica del positivismo. Poiché avviene per il giuspositivismo, nell'ambito che gli è proprio, ciò che avviene per la scienza in generale; e cioè, in quanto sapere convenzionale, di attribuire a presupposti metodologici e logici un rilievo talmente alto e una portata così determinante per il significato della scienza, da disconoscere ogni problematica in essa esistente e concernente il rapporto con la realtà e con l'esperienza del diritto globalmente considerata. E si propone ancora il problema del rapporto tra scienza del diritto e filosofia del diritto, nell'ambito del generale problema dei rapporti tra scienza e filosofia, come problema della funzione autonoma della scienza e come ricerca, cui essa è chiamata, del senso specifico e della portata dell'esperienza giuridica e del suo principio, da un lato, e come configurazione, dall'altro, della filosofia del diritto quale coscienza vigile di quel senso e di quella autonomia.

¹¹ P. FILIASI CARCANO, *Epistemologia delle scienze umane*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, 55, 1976, p. 166.

2. *La attuale 'fortuna' del diritto positivo*

Conclusa la premessa è utile osservare che la questione dell'autenticità dell'esperienza giuridica può ragionevolmente costituire il riferimento principale per una riflessione sul carattere storico e contingente del diritto o, viceversa, sulla sua sostanziale trascendentalità e necessità.

La presente vuole essere una semplice prospettiva che, partendo proprio dalle analisi del Grossi, ha il solo obiettivo di rivalutare gli stimoli offerti anche dalle sue ultime (in senso diacronico) fatiche pubblicate una volta terminato il servizio di giudice costituzionale.

A quanto è dato conoscere, Grossi si è ben posto il quesito se il diritto possa essere inteso come una dimensione inautentica e dunque eventuale dell'esperienza umana, oppure come dimensione ineludibile dell'essere umano. Solo conseguentemente a quella che può dirsi una vera scelta di campo, la giuridicità può essere identificata come una pura regolamentazione eteronoma, qualcosa che si cala sul soggetto dall'*esterno* e che condiziona il suo agire e le sue possibilità relazionali; oppure come una caratteristica che procede dall'autonomia propria di ogni essere umano e dalle relazioni che si instaurano grazie alla presenza di soggetti autonomi.

Secondo la prima impostazione, la libera attività personale, dimensione davvero autentica della soggettività, sarebbe pertanto artificialmente sottoposta ad una serie di vincoli esterni che, per varie ragioni operativamente perfino comprensibili, costituirebbero un sistema sanzionatorio e repressivo socialmente importante ma, certamente, non autentico. In conseguenza di quella che potremmo chiamare inautenticità, dunque, il diritto dovrebbe continuamente giustificarsi mediante una dimostrazione di conformità ad una dimensione fondativa, quale l'utilità sociale o economica o morale, la volontà sovrana, una procedura di determinazione di esso accettata dai destinatari delle norme, e così via, ma non potrebbe in alcun modo rivendicare un carattere esistenzialmente autentico, anzi sfigurerebbe la stessa esperienza giuridica in qualche accidente solo eventuale.

Ditalché la norma giuridica diviene la fonte di una dimensione *virtuale* della stessa esistenza umana; la sorgente di una modalità relazionale anche molto utile ma priva, in sé, di giustificazione e autenticità. L'uomo autentico non sarebbe insomma l'*homo juridicus*, né la normatività, e meno che mai la normatività giuridica, potrebbe pretendere di essere ritenuta in qualche modo *naturale*. La naturalità implicherebbe proprio quella dimensione di autenticità che al diritto si pretende di negare ricercandone proprio il fondamento scientifico, e che apparterebbe invece unicamente alla libera manifestazione della volontà desiderante dell'uomo; il diritto in quanto forma specifica della normatività insomma non sarebbe certamente una modalità autentica dell'esperienza umana, ma semplicemente una applicazione tecnica determinata dalle necessità dei gruppi sociali più complessi, e che pertanto dovrebbe, da un lato, restringersi il più possibile, lasciando spazio ad altre modalità di gestione e disciplina delle relazioni, ma soprattutto dovrebbe assecondare il più possibile le pretese soggettive, vere manifestazioni della libertà del singolo soggetto giuridico¹².

Insomma, l'esistenza umana e il diritto avrebbero poco a che fare l'una con l'altro, o al limite entrano in relazione unicamente in ragione di una necessità concreta: la gestione di una società complessa, il mantenimento del potere e del controllo da parte di un soggetto (o di un gruppo) sugli altri, l'accrescimento della potenza esterna, l'efficiente ripartizione delle risorse, e così via; ed è evidente che, mutando il fine, cambierà non soltanto il mezzo, ovvero le concrete modalità attraverso le quali il diritto cercherà di garantirlo, ma anche il valore e il grado di accettabilità di tale *inautentica* ma operativa normatività. Ciò che non muta, in tutte queste pur varie ipotesi, è che l'esistenza umana non ha, di per sé, niente a che fare col diritto, che cioè essa potrebbe essere in sé stessa pensabile senza di esso. Se pertanto si ricorre al diritto, lo si fa solo se *costretti*. Ecco giustificato, riteniamo, tale ricorso alla vir-

¹² Il tema, qui solo accennato, meriterebbe una più approfondita riflessione che la brevità della presente disamina non concede.

tualità e al formalismo. Visto che il diritto non è essenziale, come tutti gli accidenti, la sua esistenza deve essere giustificata in qualche modo: o mostrandone l'utilità pratica, o politica, o economica, o cercando un qualche valore 'superiore' (la pace sociale, la protezione della proprietà e della libertà individuali, etc.) che ne 'tuteli' le concrete e storicamente poste modalità di manifestazione.

La logica dell'antigiuridismo contemporaneo¹³, paradossalmente, muovendo da un originario rifiuto della normatività, nel senso di un denegato riconoscimento delle strutture normative intrinseche alle relazioni umane, non porta però solamente ad un'assolutizzazione della soggettività anomica, all'individualismo e alla conseguente rivendicazione del relativismo assiologico; la perdita di importanza della normatività 'interna', infatti, determina una situazione in cui il diritto risulta accettabile dai destinatari solo in quanto corrispondente al 'loro' desiderio, alla 'loro' prospettiva assiologica, alla 'loro' utilità personale, solo in quanto cioè i contenuti normativi possono essere avvalorati dall'orientamento specifico di chi li assume come regola della propria azione. Ma ciò, come è stato già notato e studiato, ha portato all'esaltazione contemporanea di una certa concezione del *diritto* come *pretesa*¹⁴, ovvero dell'idea che il diritto, a causa della sua inautenticità esistenziale, non debba fare altro che offrire riconoscimento e tutela alla spontanea e immediata manifestazione della libertà e delle pretese del soggetto; con il che, tuttavia, si è prodotto un continuo 'inseguimento' delle pretese soggettive da parte dell'ordinamento, che a dato vita a quel fenomeno di giuridi-

¹³ Sul tema dell'antigiuridismo contemporaneo si veda, *inter alios*, S. COTTA, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, L'Aquila, 1978; sul nesso tra antigiuridismo, secolarizzazione e libertinismo si vedano F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 1999.

¹⁴ Concetto quello di 'pretesa' che in ambito giuridico italiano ha avuto tra i suoi più qualificati propugnatori Bruno LEONI (cfr., *inter alios*, ID., *Freedom and the Law*, III, ed. foreword by A. KEMP, Liberty Fund, Indianapolis, 1991; nonché ID., *Law as Claim of the Individual*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1964, pp. 45-58).

ficazione¹⁵ in cui l'intervento del legislatore è invocato per disciplinare un insieme di esperienze umane non standardizzabili (anzi: significative proprio in quanto non tipizzabili), trasformando indebitamente in giuridicamente *tipico* ciò che invece non può che essere autonomamente personale e irripetibile. In altre parole, a fronte di una progressiva riduzione della normatività 'interna', e dunque della rivendicazione di una sempre maggiore anomia della vita privata e personale, si espande a dismisura la normatività 'esterna', penetrando in ambiti che non possono che essere considerati giuridicamente irrilevanti. Da tale impostazione, si ritiene, emerge la confusione circa la scientificità del diritto presente nel secolo scorso, ma non solo. Difatti, come potrebbe uno scienziato essere felice di una situazione in cui il proprio oggetto di studio non ha alternativa altra che essere cangiante ogni qual volta il desiderio dell'individuo 'vuole' e, soprattutto, ottiene riconoscimento (formale) del 'suo' stesso desiderio.

Questa impostazione, secondo la quale, come detto, il diritto non sarebbe in alcun modo una dimensione autentica, diremmo naturale, dell'esperienza umana, sottende una precisa antropologia, la quale non a caso emerge in modo affatto evidente nel dibattito odierno sul sapere scientifico; è un'antropologia, insomma, che delinea una dimensione contemporaneamente inautentica e categoriale dell'esperienza giuridica, e che costituisce il presupposto sufficiente e necessario perché il diritto possa intendersi solo come norma positiva e la scienza del diritto, per tutto quanto suesposto, perennemente in crisi.

Crisi talvolta mal spiegata, troppo spesso generalizzata perché, come appena accennato, rimane vero il ragionamento per il quale analizzando i molteplici nodi di doglianza rivolti alla scienza giuridica contemporanea, «si rileva facilmente che non è – né può essere – in crisi il diritto quale dimensione ontica d'una società ma piuttosto l'artificioso tentativo di semplificazione e costrizione a cui il diritto era stato sottoposto

¹⁵ Su cui J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, Bari, 1987, p. 357. Sul tema anche S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, p. 42.

negli ordinamenti moderni a regime rigidamente codificato»¹⁶. Solo così si può essere accorti che per poter parlare di scienza in campo giuridico senza precipitare nella ideologia è necessario verificarne il presupposto di validità (ma soprattutto di esistenza) all'interno dell'esperienza umana.

In questo solco si inserisce la *vis polemica* anche del Grossi, la quale è stata ben in grado di evidenziare, valorizzando la sua mera contingenza storica, la ricchezza necessariamente disordinata e multidirezionale «di una realtà in divenire come un *prius* rispetto alle categorie giuridiche e alla riflessione scientifica»¹⁷ e al contempo l'impossibilità per il giurista di far fronte statica ai processi di trasformazione in corso solo avvalendosi di strumenti viziati dal normativismo. Tali polemiche il Grossi le ha rivolte, invero fin troppo candidamente ma sempre con l'autorevolezza che gli viene riconosciuta, sia al c.d. 'codice europeo delle obbligazioni' sia all'imbroglio della c.d. costituzione europea, quali meri rigurgiti di incrostazioni mentali di un passato già defunto¹⁸.

«L'idea di tentare una concezione del mondo su base scientifica è di solito ricusata da costoro¹⁹ col pretesto che la concezione scientifica del mondo avrebbe già fatto fallimento»²⁰.

¹⁶ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 276. Lo storico fiorentino prosegue affermando che «torna il rilievo, fatto tanti anni prima [il rimando è agli anni Venti e Trenta del secolo scorso] della complessità dell'universo giuridico, della sua irriducibilità a linee troppo semplici, della innaturale riduzione disinvoltamente perpetrata, con il costo conseguente a ogni operazione snaturante».

¹⁷ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 3, p. 10391. Vedasi pure G. ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, sempre in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, p. 10171.

¹⁸ Cfr. P. GROSSI, *L'ultima carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETORI, Padova, 2002.

¹⁹ Leggi «*animi dubbiosi*» (M. PLANCK, *La conoscenza del mondo fisico*, trad. it. a cura di E. PERSICO, Torino, 1943³, p. 291).

²⁰ M. PLANCK, *La conoscenza del mondo fisico*, cit., p. 292. In questa prospettiva pare interessante anche una asserzione di H. Poincaré: «Gli uomini non si capiscono perché non parlano la stessa lingua e perché ci sono lingue che non si imparano. [...] Quando si tratta di sapere se un teorema possa avere un senso senza essere verificabile, chi potrà giudicare, dato che per definizione ci si impedisce di verificare? Non ci sarebbe altra risorsa che ridurre

Con tale sentenza inappellabile uno dei massimi fisici del novecento, il premio nobel Max Planck, parrebbe attaccare, da prode difensore del sapere convenzionale, ogni accusa di fallimento alla scienza. Il fisico prosegue, però, affermando verità che farebbero tremare le vene e i polsi al più intrepido ed ultimo fautore dello scientismo, proprio perché espresse da uno dei massimi scienziati della contemporaneità: «c'è qualcosa di vero in questa affermazione: essa è anzi [...] giusta se si dà alla parola scienza, come spesso successo e succede tuttora, un significato puramente razionale. Ma chi così fa dimostra soltanto di essere interiormente lontano dalla vera scienza. [...] non c'è principio che abbia recato maggior danno, per l'equivoco a cui si presta, che quello dell'assenza di premesse nella scienza»²¹.

*'Assenze di premesse nella scienza'*²². Appunto.

Equivoco sempiterno che tante volte viene denunciato e del quale ugualmente, a scadenze precise, viene rinnovato il dolce oblio. Oblio che malauguratamente cela una forma di ignoranza, finanche subdola, quella per la quale si ritiene, falsamente, di poter conoscere il 'tutto', quando non si conosce nemmeno la 'parte'. Ed allora si giunge perfino a denunciare quale 'irrazionale' tutto ciò che non è formale, *rectius* formalizzato dal-

il proprio avversario ad una contraddizione. Ma l'esperimento è stato fatto e non ha dato risultati» (H. POINCARÉ, *Le mathématiques et la logique*, in *Dernières Pensées*, cap.V, Parigi, 1913; ID., *La matematica e la logica*, trad. it. di F. ACERBI, in *Koiné*, 2002, 1-2, p. 253).

²¹ M. PLANCK, *La conoscenza del mondo fisico*, cit., p. 292. Il professore di fisica teorica a Berlino prosegue asserendo che il pericolo «più grave che possa minacciare uno scienziato e di cui non si può tacere» è «il pericolo che i materiali di cui si dispone invece di essere correttamente interpretato sia interpretato in modo partigiano o addirittura ignorato. Allora la scienza si trasforma in pseudo-scienza, in una costruzione vuota che crolla al primo violento urto. Di fronte a questo pericolo che già fatto e innumerevoli vittime fra giovani e vecchi scienziati entusiasti delle loro convinzioni scientifiche, [...] non c'è che una difesa efficace: il rispetto dei fatti» (*ivi*, pp. 294-295).

²² Invero, le scienze che si fondano sull'astrazione cercano l'essenza delle cose, da cui procedere all'analisi delle proprietà del proprio oggetto e così costruire l'edificio scientifico delle dimostrazioni e conclusioni in cui si manifesta e si espande la virtualità dell'essenza stessa.

la nostra limitata ragione²³. Quando, invece, sarebbe del tutto preferibile partire dalla consapevolezza (umanamente necessaria) che «quanto appare snodo irrazionale del tutto, risolto ingiusto e malvagio, sembra piuttosto denotare la nostra incapacità o ignoranza nel decifrare un disegno complessivo che ci sfugge. Proprio perché, per dirla con Platone, “colui che cura il tutto a tutto disposto della salvezza e le virtù dell’insieme di tutte le cose”, egli ha altresì suddiviso *l’insieme in parti affidate alle* “divinità reggitrici che presiedono fino alla più piccola azione o passione, sempre, e ne realizzano fino all’estrema suddivisione la completezza del fine”»²⁴.

In tal senso allora potremmo concordare nel qualificare la scienza del diritto, in particolar modo al momento attuale, come una *scienza sistematica*²⁵, dove per tale si intende una teoria del diritto, un sistema che permetta al giurista di ricondurre ad unità il complesso panorama normativo con l’occhio rivolto sempre alla non dominabile esperienza umana. Rendendo ragione così alla verità di fatto che in questa nostra società, dove a venir meno è addirittura parte del materiale d’indagine della scienza giuridica, ovvero sia il diritto²⁶, la funzio-

²³ Utili sul punto le disamine del Casa circa gli studi sulla giurisprudenza del Leoni e le sue ricerche sui confini tra razionale e irrazionale nella scienza del diritto, esaminati soprattutto in B. LEONI, *Per una teoria dell’irrazionale nel diritto*, Torino, 1942 (cfr. F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., soprattutto pp. 284-288). Nonché, sempre sulle teoresi leonina, cfr. il pregevole contributo di C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2006, pp. 100-119 e, se permesso, pure il volume di A. FAVARO, *Bruno Leoni. Dell’irrazionalità della legge per la spontaneità dell’ordinamento*, Napoli, 2010².

²⁴ U. PAGALLO, *Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin*, Torino, 2005, p. 129 (il corsivo è nostro). La citazione è *expressis verbis* recuperata da PLATONE, *Leggi*, trad. it. a cura di A. ZADRO, in *Opere complete*, vol. VII, Bari-Roma, 2001, 903 B-C, p. 342.

²⁵ Abbiamo mutuato il giudizio di S. COTTA, *Il valore del sistema*, in *Diritto e Società*, 1984, p. 402.

²⁶ Vedasi nuovamente S. COTTA, *Il valore del sistema*, cit., p. 399, dove l’Autore afferma che, a causa della ipertrofia legislativa, «l’oggetto diritto sta diventando un oggetto misterioso». Stesso appellativo è utilizzato per descrivere, criticandolo, il sistema legislativo a tutela dei diritti umani, da F. GENTILE, *La selva dei diritti dell’uomo*, in *Intelligenza politica e Ragion di stato*, Milano, 1984, pp. 73-96.

ne della giurisprudenza deve consistere nel rappresentare un sapere rigoroso che incarni il desiderio di conoscere la realtà (dei fatti).

La 'fattualità del diritto' dello studioso fiorentino risulta essere la presa di coscienza che vanno mutando le stesse modalità di strutturazione del diritto e che l'epoca odierna palesa un pluralismo giuridico del quale le fonti statuali sono solo una parte (e nemmeno apicale). Scrive senza remore il Nostro: «Torna il protagonismo dei fatti, giacché il mondo dei fatti – naturali, economici, sociali – non è il terreno inerte e sterile della mera irrilevanza giuridica [...]; il mondo dei fatti è, invece, il terreno tipico della storia»²⁷.

Quanto affermato anche dal Grossi, peraltro, risulta essere un saggio recupero del magistero platonico. Nel dialogo che Platone dedica alle questioni inerenti anche alla scienza del diritto, infatti, egli applica alla teoria della legislazione la sua dottrina dell'etica e della politica come sapienza e scienza regia. La principale deduzione che se ne può trarre, se non erriamo, è un ruolo subordinato delle leggi positive umane, per loro natura generiche ed approssimative, rispetto alle direttive che possono scaturire dall'applicazione della rigorosa scienza pratica alla singola circostanza da parte di un saggio reggitore. Per essere coerenti, afferma Platone, anche se «in un certo modo è chiaro che la legislazione è parte dell'arte regia, [...] la cosa migliore è che abbiano forza non le leggi, ma l'uomo regale dotato di saggezza [...], la legge non potrebbe mai ordinare con esattezza la cosa migliore, comprendendo in sé ciò che è buono e più giusto per tutti»²⁸. Lo stesso Platone, acuto osservatore

²⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 69.

²⁸ Cfr. PLATONE, *Politico*, cit., 294 a-b. Ivi, Platone aggiunge: «le differenze degli uomini e delle azioni, e il fatto che, per così dire, mai nessuna delle cose umane è immobile in riposo, non permettono che una qualunque arte in nessuna occasione enunci una norma semplice e valida in ogni caso e per ogni tempo». Proprio per il fatto che l'uomo possa attingere alla prudenza regia solo tramite mediazioni successive e sempre provvisorie, appare il ruolo della legge, la quale, con la sua fissità, indi *positività*, che lo fa rassomigliare «ad un uomo prepotente e ignorante, che a nessuno permette di fare qualcosa contro i suoi ordini» (ivi, 294-c), consente agli uomini in società di praticare «quella suprema forma di giustizia che si accompagna con l'intelligenza e

della realtà quotidiana, si trova però a calmierare la teoria con l'esperienza umana e ammettere così la, soltanto relativa, utilità di norme generali, regole pratiche che valgono (solo) nella maggior parte dei casi. È indubbio che «se, per una sorte divina, un uomo generato con una natura adeguata fosse capace di comprendere» la prevalenza dell'interesse comune su quello individuale, «egli non avrebbe bisogno di leggi che lo governino. *Nessuna legge e nessun ordinamento, infatti, è più forte della scienza*»²⁹. Invero la situazione dei singoli soggetti giuridici risulta molto distante da questa ipotesi di divina onniscienza etica, e non resta che accontentarsi di leggi imperfette con l'imperativo, diremmo categorico, di rimanere vigili acciocché tale misera soddisfazione contingente non valga come trascendente e la libertà dell'umano agire venga troppo compressa, se non addirittura irrimediabilmente compromessa³⁰.

Per poter individuare una soluzione, anche epistemologica, è necessario svelare il nesso con il quale la scienza giuridica possa individuare il passaggio tra la legge positiva e il «diritto vivente che viene dai fatti»³¹. In virtù di tale scopo, asseriamo

la ragione, che non soltanto li protegge, ma da peggiori che erano li fa diventare [...] migliori».

²⁹ PLATONE, *Leggi*, cit., IX, 875c-d. (il corsivo è nostro).

³⁰ Interessanti, in questo senso, le note critiche che il Grossi riesce a far emergere nel capitolo circa *Ripensamenti e rinnovamenti dottrinali degli anni trenta*, in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 236, ove si legge: «La visione individualistica del contratto era in crisi da tempo [...] e comincia a maturare la innovativa riflessione di Emilio Betti sul tema generale del negozio giuridico [...] come regolamentazione di interessi socialmente rilevanti» costituendo «il tentativo riuscito di superare il principio della sovranità dell'individuo in nome di un più comprensivo ideale di solidarietà sociale, designando una autonomia privata che non si esaurisce in un fatto psicologico individuale, che attiene invece alla vita di relazione». Di seguito il Grossi, provocatoriamente, rileva la diatriba sulla natura 'contrattuale' del c.d. 'contratto collettivo', mutuando il giudizio in tema di Francesco Cornelutti: «Insomma il contratto, diventando collettivo resta ancora un contratto?»; e proseguendo: «giacché il contratto collettivo, contratto normativo, da quell'autocomando che sembra essere la quiddità di ogni fattispecie contrattuale, si è cambiato in un eterocomando» (*ivi*, pp. 237-238).

³¹ Cfr. A. ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. I, p. 52, citato da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 238.

che la garanzia della validità delle singole proposizioni scientifiche consiste nella effettiva capacità di comprendere l'esperienza che esse stesse pretendono garantire. Quello scientifico deve, quindi, essere inteso sempre e comunque come un '*saper operare*'³². Non potrebbe essere inteso in nessun altro modo se riuscissimo a rimaner saldi nella verità che si è costituito fondandosi sul monito di 'non tentar l'essenze' di galileiana memoria, ma tuttora si prefigge lo scopo, operativo per l'appunto, di dominare³³ le cose.

Di qui possiamo osservare l'antinomia che travaglia la civiltà e la cultura contemporanea; le quali, da un lato, infatti, paiono voler realizzare un nuovo umanesimo, incentivando la 'costruzione' di un nuovo tipo umano impegnato in un'intesa e spregiudicata esplorazione del reale e alieno dalle fughe e dalle acquiescenze dell'antico formalismo. E dall'altro, tendono a cadere in quello strumentalismo, come accoglimento incondizionato di tutte le determinazioni della prassi in quanto tale, senza riflettere sulle conseguenze che esse comportano per la condizione globale dell'uomo, per la sua spiritualità, e non solo per le strutture e le forme materiali dell'esistenza. In sunto, la scienza (e la tecnica, come si vedrà *infra*) ha perduto il senso della nuova problematicità di cui era foriera ed ha elevato una pretesa di compiutezza configurandosi come scientismo e tecnicismo, che è come asserire che la scienza, nel senso alto del termine, si sia ridotta a tecnica.

Così al giurista, perduta oramai quella scientifica, nel suo essere interprete e classificatore, non rimane che ritornare all'essenza problematica della filosofia, se non vuole conchiu-

³² Anche, *rectius* soprattutto, per quest'ordine di motivazioni, riteniamo che non porti a nessun risultato se non ad aporie, qualsiasi teoria che, a partire da Hobbes, abbia professato una scienza pura del diritto, se per pura si intenda una scienza formale, avalutativa, divisa dall'esperienza giuridica.

³³ Pare indicativo rilevare che pure Hobbes si era reso conto di tale assunto quando afferma che «mentre la sensazione e la memoria sono soltanto conoscenza del fatto [...], la *scienza* è la conoscenza delle conseguenze, della dipendenza di un fatto da un altro. Per suo mezzo, muovendo da quanto possiamo fare al presente, sappiamo come fare qualcosa d'altro quando lo vorremo, o qualcosa di simile in un altro momento»: T. HOBBS, *Leviathan* (1651), trad. it. a cura di A. PACCHI, Roma-Bari, 2000, pp. 38-39).

dere la propria attività nella torre eburnea delle mere forme e adeguare il concetto di 'regola' a quello di norma positiva.

Ritornando ai classici, «un conto è la facoltà del parlare e un altro le cose dette; un conto è la vista e un altro le realtà viste; un conto l'udito e un altro quel che si ode e, infine, una cosa è la legge e un'altra le norme stabilite [...] dunque la legge non coincide con le norme sancite per legge»³⁴; il diritto *tout court*, quindi, non è quello positivo, anzi, spetta allo scienziato del diritto, in specie al giudice civile munito di incedere filosoficamente problematico, determinare il *suum cuique tribuere*, ossia ciò che il singolo in comunità *desidera* dalla scienza del diritto, senza per questo cedere alle derive anomiche di cui si è già detto, perché consapevoli che la regola (sia essa legge, consuetudine, uso, etc.) non deve essere 'posto', ma trovato, 'inventato' appunto.

3. *Diritto in-ventato dai giudici: dalla scienza alla tecnica per eludere la tirannia della legge?*

Il desiderio di 'diritto/giustizia' che l'uomo della strada possiede è oggi fortemente condizionato dall'idea (se non addirittura ideologia) che esso costituisca un fenomeno essenzialmente *razionale*³⁵. Nel contempo è ancora l'uomo della strada a sperimentare in presa diretta che l'esperienza giuridica che vive (e spesso subisce) tutto è, fuorché votata alla *razionalità* (decisioni controverse, disposti normativi 'l'un contro l'altro armati', etc.).

Sotto tale cono d'ombra la *ratio juris* si mostra come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica.

³⁴ PLATONE, *Minosse*, 313c-314b, trad. it. di R. RADICE, in *Tutti gli scritti*, a cura di G. REALE, Milano, 2005⁴, p. 1437.

³⁵ Cfr. quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., pp. 40-58.

Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna³⁶, simile questione ha un eterno ritorno nel mondo del diritto.

L'oggetto dell'analisi non potrà non principiare da una breve disamina generale sul rapporto scienza-filosofia. Sullo sfondo, oggi come allora, rimane il dubbio che, malgrado la splendida fioritura delle scienze moderne, la scienza stessa non venga a provarci che qualche cosa nella realtà resiste alla sua penetrazione in un *continuum* fallibilista senza arresto. La ragione giuridica, così intesa, è unilaterale e unidimensionale perché si sofferma (solo) su un fenomeno semplificato ad arte per scopi pratici: essa è parziale ed insufficiente a cogliere e spiegare la complessità del fenomeno giuridico³⁷. Difatti, l'impressione di fondo, difficile a celarsi, è che sia prevalente tuttora una concezione intellettualistica e razionalistica del diritto e che, quindi, si debba declinare l'accezione irrazionale come eccezione al cospetto della 'norma' (non a caso il termine potrebbe già fornire una cifra indicativa dell'analisi) opposta.

La difficoltà, odierna ma non solo contemporanea, come insegna Grossi, è quella di non riuscire a comprendere pienamente che in sé «la scienza non può e non deve pronunciarsi, perché non ha nessun diritto, non possiede e non può possedere nessun criterio valido per approvare o riprovare una presa di posizione; non deve dire niente, in

³⁶ Vedasi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004; nonché l'ormai a tutti noto N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; nel non più recente passato vedasi A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in *Democrazia e diritto*, 1987, soprattutto pp. 297-298.

³⁷ In effetti, è di per sé parziale perché non esplica la domanda di fondo, perché nemmeno se la pone: perché la cd. '*crisi del diritto*'? In effetti la elaborazione, come la creazione, del diritto è operata da legislatori (e giuristi), 'in virtù' parrebbe dell'ordinata convivenza degli uomini, viene tracciata come opera della ragione, ma soprattutto perché la sua essenza intrinseca pare risiedere nella radice intellettuale dell'uomo e nella sua capacità di ridurre, parafrasando Hegel, il reale a razionale allo scopo di fornire concrete risposte ai problemi dell'esperienza (comune).

quanto non ha niente da dire, perché la scelta precede, non segue, la fatica scientifica³⁸. La scienza 'non può', afferma Casa, ma spesso 'vuole', verrebbe da replicare e per questo rivela la crisi della riflessione scientifica stessa che riprende piena coscienza del letto di Procuste in cui si trova collocata, da cui vuole uscire ma da cui non è facile uscire e così ogni giurista che abbia il minimo desiderio di interrogarsi sul proprio *fare*, «ripete a se stesso il dubbio demolitivo di von Kirchmann sulla non scientificità della *iurisprudencia*»³⁹.

In definitiva i giuristi, ancora una volta, sono chiamati ad avere una solerte attenzione che guardi non tanto ai singoli espedienti 'tecnici' che influiscono sul diritto (*dai dossi per regolare la velocità del traffico urbano agli strumenti che limitano l'accesso ad alcuni siti internet ritenuti non leciti-adequati-opportuni*), quanto ai soggetti che sono chiamati a determinare i parametri stessi dell'utilizzo della tecnica in ambito giuridico; perché, come già affermato anche dal Grossi, qui in gioco c'è la 'libertà' dell'essere umano, con la quale il diritto è da sempre chiamato a confrontarsi.

Ci si può però domandare se la regolamentazione della libertà attraverso la strumentalizzazione della tecnica possa definirsi (comunque) di natura sostanzialmente giuridica. Volendo finanche distinguere tra 'norma' e 'regola', qualificando in sunto la doverosità della prima contro la necessità della seconda, la violazione della norma implica una sanzione il cui conseguire non è regolato da una necessità fisica, ma solo dal dovere di ripristinare un ordine giuridico sedicente violato⁴⁰.

³⁸ F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 394.

³⁹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 276-277.

⁴⁰ Volendo ipotizzare uno spunto d'approfondimento potremmo collegare il concetto di 'ordine' (necessariamente intrinseco a quello di 'ordinamento') a quello di 'regola' quale *medium* che 'sub-stanzia' l'ordine medesimo. Recuperando l'insegnamento di S. COTTA (cfr. *Soggetto Umano – Soggetto Giuridico*, Milano, 1997) si potrebbe, fin a che punto vale l'asserzione non è questa la sede più appropriata per determinarlo, definire quindi la categoria di 'regola' come fondamento e principio del diritto. Invero, sempre sul tema dell'ordine è interessante notare come il Cotta esprima tali asserzioni per porsi in netta contrapposizione alla tesi sostenuta in B. LEONI, *Diritto e politica*, in *RIFD*, 1961, 1, pp. 89-107 e (più in generale) in ID., *Freedom and the Law*, Toronto-

La regola, invece, impone la sua sanzione per via dell'inesorabile procedere della legge naturale: se non apro l'ombrello sotto la pioggia (regola) mi bagnerò (sanzione).

Passando alla giurisprudenza *tout court*, il Grossi sovviene in ausilio, chiarendo all'interno di quelle che lui stesso ha qualificato «*Premesse definitorie e fondative*» la prospettiva in cui è avviluppata la scienza giuridica moderna che la «regola giuridica può identificarsi tranquillamente [...] con la sua voce, l'unica in grado di dar voce alla volontà generale»⁴¹. Ecco che nel negare tecnicamente «*a priori*» e a prescindere dalla libertà (diremmo pure dall'autonomia del singolo), l'accesso a certi dati, ovvero il diniego 'fisico' di viaggiare ad una certa velocità, la tecnica muta in 'regola' ciò che dovrebbe essere propriamente 'norma'.

Non impropriamente Lessig⁴² definisce 'tirannia' questa forma di regolamentazione. Le norme giuridiche devono essere violabili, innanzi tutto perché, talvolta, la loro violazione assume un significato istituzionale disciplinato perfino dall'ordinamento⁴³.

New York-London, 1961, pp. 97-113, per la quale il fondamento del diritto sarebbe la categoria della 'pretesa individuale'. Il Cotta, icasticamente, domanda «*su quale base poggia la pretesa perché si possa attribuirle plausibilmente l'autorità di fondamento del diritto al posto della regola?*» (S. COTTA, *Soggetto Umano – Soggetto giuridico*, cit., p. 61). Ma è la sua risposta che qui più rileva ai nostri fini: «Invero, già di per sé il fenomeno "ordine" evoca l'idea di regola e quindi di dovere» per poi perentoriamente affermare che «la realtà empirica della vita lo conferma: l'ordine, perché ci sia e si mantenga, si ha il dovere di rispettarlo» (*ivi*, pp. 61-62).

⁴¹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 6, dove lo storico fiorentino giustifica le sue affermazioni recuperando il magistero di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Roma-Bari, 1961, p. 119.

⁴² Cfr. L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; vedasi inoltre sempre Id., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creatività*, New York, 2004. Altri saggi relativi al tema possono invece essere letti sul sito personale dell'Autore all'indirizzo www.lessig.org.

⁴³ L'esempio eclatante è il meccanismo (imposto dal diritto positivo stesso) di accesso alla Corte costituzionale. A ben vedere, difatti, questa procedura è configurata in maniera tale da (sup)porre in capo ai consociati un 'diritto di resistenza': violare/criticare una norma ritenuta incostituzionale è il modo privilegiato che il privato cittadino ha per adire la Corte con il risulta-

Il panorama che descriviamo non pare rassicurante. Il nostro però non è un sostegno alla tesi diffusa per la quale la tecnica come forma di regolamentazione deve essere giudicata sempre e comunque riprovevole. L'obiettivo che ci prefiggiamo, invece, è evidenziare come essa non rappresenti una modalità puramente 'neutra' di imposizione del comando giuridico. Essa ne stravolge la natura, ne modifica la qualità e rischia di infingere pure l'operato dei giudici.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto) costituisca una sorta di *zona franca* per l'autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non viene più considerato come soggetto (giuridico) nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo e lo lede nel suo essere 'autonomo', pienamente consci che *nell'espressione 'autonomia', classicamente, è implicito il concetto di 'regolarità', quale disposizione del soggetto a seguire una regola.*

Disposizione, non imposizione.

Disposizione non convenzionale, quindi, ma reale, come risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale è sempre determinata da regole convenzionalmente poste, ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti che ne sono parte attiva siano disposti a seguirle realmente e non convenzionalmente; «ma nell'espressione autonomia vi è qualcosa di più. Vi è l'indicazione dell'attitudine del soggetto all'autoregolamentazione»⁴⁴.

to (solo eventuale) che ciò che precedentemente era anti-giuridico diviene ora norma giuridica. In un tale meccanismo istituzionale, per cui nessuna norma può dirsi eterna, siamo spesso abituati a vedere un progresso della nostra civiltà giuridica. La regolamentazione con la strumentalizzazione della tecnica da mezzo a fine, invece, rimuove *ab ovo* questa possibilità.

⁴⁴ F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, p. 38. A questi problemi si riferiva Hobbes per sostenere una tesi del tutto opposta a quella della regolarità come condizione naturale del soggetto. Per il padre della geometria legale, infatti, giustificando il fatto che il sovrano non è soggetto mai alle leggi civili che egli emana, «non è possibile che una persona si obblighi verso se stessa, poiché chi può legare può anche sciogliere e dunque chi è obbligato soltanto verso di sé non è obbligato affatto» (T. HOBBS, *Leviathan*, cit., parte II, cap. XXVI, p. 220). E non vi è dubbio che sia così, se si parte dal preconetto o ipotesi che condizione del rispetto delle regole sia

4. *Prudentia iuris quale paradigma del giudicare presente a confronto con l'orizzonte passato della statualità del diritto*

D'altronde, a ben vedere, quanto abbiamo cercato di esporre in merito alla necessaria riflessione della tecnica nel campo della scienza giuridica compendia il perennemente arduo equilibrio tra *anomia* ed *eteronomia*, dove si riassumono e nel contempo sfumano tutti i contrasti epocali in cui si dibatte l'esperienza giuridica. In tutti queste dispute l'opzione per l'autonomia è sicuramente la strada maestra per il recupero del senso originario e non contingente del diritto, *l'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana*: in una parola, (ancora) il *giudizio*.

Tale risulta essere a ben vedere il fulcro anche dei recenti moniti del Grossi già giudice costituzionale, inevitabilmente circoscritti al reale 'diritto', in ordine al ruolo del giudice cui «non si addice più il sillogismo»⁴⁵.

Sull'esito infausto di una ostinata applicazione del sillogismo, la disamina del Grossi pare mutuare non poco dalle tesi argute sostenute da un neovincitore di concorso⁴⁶ a Padova,

un atto di volontà. Non a caso Hobbes sta parlando qui del *sovrano*, ovvero dell'uomo la cui legge (dello Stato) è la sua volontà. Invero pure a PLATONE l'espressione *'essere padrone di sé'* pareva insoddisfacente: «infatti chi è più forte di sé stesso sarà certo anche "più debole di se stesso" e viceversa. Giacché in tutte queste frasi il soggetto è sempre lo stesso» (PLATONE, *La Repubblica*, IV, 430e, vol. I, a cura di F. ADORNO, Milano 1995, p. 137). Occorre, allora, superare la concezione dell'autonomia come esercizio di volontà e riconoscere che «il vero senso di questa espressione è che nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il governo della 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 peggiore, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto "schiavo di se stesso" e "intemperante", e suona biasimo e rimprovero» (*ivi*, 431a, pp. 137-138).

⁴⁵ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit., par. 7.

⁴⁶ Cfr. sul punto F. GENTILE, *Ricordo di Enrico Opocher*, Istituto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2006 (cfr. anche ID., *Enrico Opocher nella patavina Universitas Juristarum*, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di me-*

Enrico Opocher, il quale ammoniva (già nel 1948): «Bisogna veramente riconoscere che il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità, che l'attuale crisi dell'esperienza giuridica è, nella sua essenza più profonda, una crisi della verità del diritto o, meglio, di quell'intima consapevolezza del proprio valore, senza di cui l'esperienza giuridica diviene cieca, non è più se stessa»⁴⁷.

Quali fossero poi i destinatari dell'attacco netto era ben chiaro già allora al filosofo del diritto trevigiano (come ora allo storico del diritto fiorentino): «Nessun elemento è forse più rivelatore, a questo proposito, del carattere puramente strumentale che il diritto ha assunto nella società moderna. Quasi completamente appoggiato allo stato o, meglio, alle mutevoli e troppo spesso irresponsabili volontà che, attraverso il mito dello stato, si esprimono dominatrici della vita sociale, quel diritto che altra volta era stato scultoreamente definito come *ars boni et aequi* si è andato sempre più riducendo ad uno strumento per fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura ad un mero strumento di potere. La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua validità, l'unico criterio della sua giuridicità e per questa via esso è divenuto l'indispensabile strumento per realizzare, perpetuare e giustificare la volontà dominante, per piegare e dirigere l'azione verso qualsiasi avventura, per assicurare validità oggettiva allo stesso arbitrio»⁴⁸.

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

odologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato, www.filosofiadeldiritto.it, 2005, II).

⁴⁷ E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 182.

⁴⁸ *Ivi*, p. 181.

Si tratta(va) di una rappresentazione acre (e non meno reale per questo) svolta dal trevigiano Opocher settanta anni fa (e tutta attuale) del vero *vulnus* del diritto contemporaneo ovvero l'assunto (mai dimostrato) per il quale «La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua 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 è esiziale per l'affermazione della verità giuridica, nel campo della scienza del diritto»⁴⁹.

Forma positiva come 'unico titolo della validità' del diritto, 'pur necessaria a garantirne la certezza'. Garanzia invero debole, quando non inesistente, proprio perché poggiante sul solo *positum*, come ammonisce Paolo Grossi in ogni rigo dei suoi lucidi scritti ultimi.

D'altra parte i più attenti lettori delle disamine grossiane sul punto han già evidenziato come «la forza argomentativa dell'intellettuale fiorentino è data dalla sottolineatura che, a una verifica storica, la cultura giuridica positivistica, di cui pur siamo sotto molti profili debitori, non è più adeguata a rappresentare la complessità delle plurali necessità ordinali. A questa conclusione si giunge innovando profondamente il metodo giuridico e rifondando la propria disciplina»⁵⁰.

Sotto tale, non solo apparente, antitesi la *ratio juris* si palesa allora come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica⁵¹. Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati

⁴⁹ *Ivi*, p. 185.

⁵⁰ O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, 1, p. 4.

⁵¹ Cfr., *inter alios*, N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna⁵², simile questione ha un eterno ritorno sempre e comunque anche all'interno stesso del mondo del diritto. D'altronde non pare facile uscire da questo circolo se è vero che, come Grossi descrive con la prosa efficacemente colorita che lo contraddistingue, «il sapere giuridico è avvertito come sapere dalla grande capacità ordinante a condizione che riesca a depurarsi di scorie contingenti e particolari e a sovrastare la incandescenza e mobilità della realtà fattuale con i proprii schemi categoriali astratti»⁵³.

'*Sapere ordinante*' e '*scorie contingenti*' si ergono quindi come i due fuochi dell'ellissi di un confronto inevitabile, anzi necessitato dall'esperienza stessa dove la 'tecnica', più ancora che lo scientismo, pervade le strutture concettuali stesse del diritto e sembra dotarle delle stesse caratteristiche che sono (ormai) proprie del tecnicismo di matrice scientifico-galileiana. D'altronde, non possiamo non dirci, comunque, sereni nell'affrontare temi di tale importanza sol se teniamo a mente una premessa fondamentale ad ogni discorso sulla 'tecnica' (anche nel diritto), che è quella succitata di Marino Gentile, che riportiamo di seguito per comodità di lettura: «la tecnica non indica, né vuole, né può indicare un vero fine: tutto ciò che essa porta, non può essere scopo che a se stesso, ma soltanto grado e mezzo per raggiungere qualcos'altro [...] e la tecnica non può determinare in che cosa quest'altro consista»⁵⁴.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto), costituisca una sorta di zona franca per l'autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non può più essere considerato come soggetto giuridico autonomo nel momento

⁵² Vedasi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004; Id., *Scienza giuridica senza giurista*, cit.

⁵³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 281.

⁵⁴ M. GENTILE, *Umanesimo e tecnica*, Milano, 1943, p. 175.

in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo senza dar conto riconosciuto della razionalità della legge/decisione, ma formulando meri richiami sedicenti giustificativi a tecniche legislative. Nemmeno può dirsi che solo all'interno di una prospettiva eteronomica possiamo ricavare delle regole giuridiche poiché «nell'espressione autonomia, classicamente, è [già] implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola»⁵⁵.

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

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

L'affermazione poi del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, non permette di distogliere lo sguardo dalla difficoltà insita nel paradigma (*rectius* nella definizione dei suoi contorni), visto che «dall'autonomia si è po-

⁵⁵ Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 37.

sti di fronte al *punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica*⁵⁶.

Assunto così il giogo della sfida, pratica e teoretica all'unisono, ciò non elide in nulla l'affermazione del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, la quale delinea una visione del diritto come regola di 'certezza' solo nel momento concreto in cui sia regola oggettiva, necessaria, originaria. *Oggettiva*, perché riconosciuta come sussistente indipendentemente dal volere del singolo, che appunto subordina la propria volontà normativa al riconoscimento ermeneutico di un senso intrinseco nella realtà. *Necessaria*, perché tesa a garantire la coesistenza dalle spinte disgreganti e conflittuali naturalmente presenti in essa, e radicate nella libertà che orienta la prassi del singolo. *Originaria*, perché tale dimensione del soggetto umano ha bisogno di una struttura di fondamento all'interno della quale essere garantita nella sua stessa condizione di possibilità, uniformando l'esistenza singolare alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.

⁵⁶ F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 225 (il corsivo è nostro). Circa il rapporto tra Enrico Opocher e il «punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica», Gentile svolge dei tratteggi poco noti (ai più) nel commemorare il suo Maestro all'Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti in Venezia nell'Adunanza accademica del 18 marzo 2005 (cfr. il già citato F. GENTILE, *Enrico Opocher nella patavina Universitas Juristarum*, cit., ripreso pure in *RIFD*, 82, 2005, 2, pp. 215-234). In tale contributo si propone un riordino dell'*excursus* teoretico dell'Opocher e sin dal principio pone in evidenza come la cifra primigenia della ricerca opocheriana verta sul tema della 'individualità' così come posta dal Fichte (cui il giusfilosofo trevigiano dedicherà la prima monografia redatta a trent'anni, cfr. E. OPOCHER, *G.A. Fichte e il problema dell'individualità*, Padova, 1944, ma al cui pensiero Opocher aveva già dedicato due saggi ancora più giovanili) e come interpretato dal maestro di Opocher, Adolfo Ravà, che, suo malgrado a causa delle legge razziali che lo accanarono nel 1938 in congedo obbligatorio, lasciò in eredità non solo i propri pensieri sull'irrazionalità fichtiana a Enrico Opocher (vedasi come i suoi saggi siano datati *et pour case* nel 1937 e nel 1940) e, suo tramite, al di lui allievo Antonio Negri (cfr. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo*, Padova, 1962). Ci si permette in questa sede un rinvio per approfondimento a A. FAVARO, *Note d'appunti sull'autonomia del singolo ovvero sul punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica*, in F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, Napoli, 2017, pp. 415-455.

5. *L'imperativo della legge positiva nella realtà dell'indicativo dell'esperienza giuridica*

Tentando il balbettio di una disamina dal carattere evidentemente interlocutorio, per alzare il velo sulle aporie della geometria legale senza chiudere gli occhi, sono necessari un abito radicalmente problematico, quale solo un autentico amore per il sapere (*vera nisi fallor non simulata philosophia*) è in grado di propiziare, ed una fedele applicazione della «buona regola secondo la quale di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere» (*Polit.*, 285 a-b).

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

Se i maestri di spirito hanno sempre consigliato la perfezione dell'ordinario fluire delle azioni umane attraverso l'adagio '*Age quod agis*', anche in questa sede pare utile mutuarlo quale consiglio per l'esercizio della prudenza nell'universo giuridico. Se la prudenza può essere definita come «*la regola concreta, la "recta ratio", la giusta misura dell'agire virtuoso*»⁵⁷ e il diritto è un umano agire, la prudenza stessa è la reale 'razionalità del diritto'. Razionalità che deve essere incontrata con sollecitudine proprio nell'esperienza concreta, come insegna San Tommaso⁵⁸. È proprio l'essenza del giuridico che è scoperta nel fluire quotidiano delle relazioni intersoggettive.

⁵⁷ T.S. CENTI, *Introduzione a Tommaso d'Aquino*, in *La Somma teologica*, cit., p. 215.

⁵⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 9, dove recuperando il magistero di Aristotele, l'Aquinate ricorda: «certitudo non est similiter quaerenda in omnibus, sed in unaquaque materia secundum proprium modum. Quia vero materiae prudentiae sunt singularia contingentia, circa

In questa immersione nel concreto, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere sia etico sia professionale, pare particolarmente conveniente evidenziare quale importanza di primo grado possieda la 'prudenza' nella comunità politica e nel diritto.

Seguendo tale *iter* argomentativo, calandosi quindi filosoficamente nel 'pulsare dell'esperienza umana', all'operatore giuridico di ogni tempo è dato lo strumento per difendersi dalla tentazione di ridursi ad 'enzima' del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *prudentia iuris*. Se avessimo l'autorevolezza per formulare brocardi, potremmo osare un '*Veritate non auctoritate dicitur ius*'. «L'ufficio del diritto o del giurista – infatti, come nota suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle *quaestiones* tomistiche⁵⁹ – dev'essere concepito essenzialmente come un lavoro di conoscenza: conoscenza del giusto nelle cose. La giusta proporzione dei benefici e dei carichi in un gruppo sociale (mediante cui si determina la parte che spetta a ciascun litigante) è cosa che è, che il giurista per la sua funzione specifica dovrà accertare e dire all'indicativo»⁶⁰.

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

quae sunt operationes humanae, non potest certitudo prudentiae tanta esse quod omnino sollicitudo tollatur».

⁵⁹ Sarà interessante nel prosieguo della presente ricerca riflettere su come la *quaestio* scolastica affondi le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. E. ANCONA, *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale e Dottrina dello stato, www.filosofiadeldiritto.it*, 2008, II.

⁶⁰ M. VILLEY, *De l'indicatif dans le droit*, in *Arch. phil. droit*, 1974, p. 39.

Dopo aver evidenziato come razionalità e prudenza di per sé non si mostrino antitetiche, ma piuttosto complementari nell'orizzonte del nesso tra autorità e giustizia, pare adeguato il monito per il quale nell'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo (Villey). Di conseguenza, in termini giuridici per ristabilire la relazione tra i litiganti la prudenza di un (giusto) *imperativo* non può che uscire dalla realtà di un *indicativo*. Ma con quale strumento? Non per deduzione logica né per induzione ipotetica e ideologica. Il genio dei giuristi romani aveva già rivelato all'umanità la via dialettica⁶¹ della *iuris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit*.

La *quaestio* sarà quella di riuscire a comprovare come anche nell'ordinamento giuridico la *prudentia* debba costituire la misura del volere (legislativo)⁶², ma soprattutto dell'agire (giurisprudenziale) allo stesso modo in cui la misura della prudenza è la *ipsa res*, la cosa stessa e che il conformarsi del volere o dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere o dell'agire all'essere, o natura, delle cose⁶³.

Si tratterà di verificare quanto rimanga della consapevolezza nel diritto, *rectius* nei giuristi, di questo legame tra 'pru-

⁶¹ Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, trad. it., Padova, 2002 e U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003.

⁶² D'altra parte, non è forse Tommaso ad insegnare che «Unde oportet quod ille sit praecipuus actus prudentiae qui est precipuus actus rationis agibilium. Cuius quidem sunt tres actus. Quorum primus est consilium [deliberare: n.d.A.] [...]. Secundus actus est iudicare [...]. Sed pratica ratio, quae ordinatur ad opus, procedit ulterius, et est tertius actus eius praecipere: qui quidem actus consistit in applicatione consiliorum et iudicatorum ad operandum. Et quia iste actus est propinquior fini rationis practicae, inde est quod iste est principalis actus rationis practicae, et per consequens prudentiae» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 8).

⁶³ Come insegna Cotta, «Il tema della verità [...] è dominante [...] proprio nel momento più altamente critico della giuridicità: quello in cui la controversia (privata... pubblica...) mettendo a confronto convinzioni veridiche e interpretazioni diverse e opposte, solleva la questione della verità della legge da applicare e quindi della sua vigenza» (S. COTTA, *La legislazione tra il divino e l'umano*, in *Diritto divino e legislazione umana*, a cura di A. FILIPPONIO, R. COPPOLA, Torino, 1998, p. 25).

denza' e 'bene' e del vincolo che coniuga 'bene' e 'natura'. Come ci hanno da tempo ricordato i Glossatori del XII-XIII secolo d.C. «iustitia virtus est, iuris prudentia scientia» e quindi per poter procedere verso il 'giusto' è necessario appropriarsi di mezzi di conoscenza, che proseguano oltre il dato della giustificazione della legge positiva umana perché attratti dalla conoscenza della giustizia.

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

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

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

Si è già osservato come i giuristi '*veram philosophiam affectantens*' debbano necessariamente porsi il problema della nascita del diritto, e in questa dinamica sempre più dovranno dedicarsi con particolare attenzione ai profili irrazionali, *rectius* non programmati, dell'azione umana, e alla partecipazione di questa al processo di conoscenza dell'esperienza giuridica. Il formalismo giuridico non tiene conto che la norma

è qualcosa che ‘accade’ nella società, ossia è «un insieme di eventi psicologici a cui corrispondono comportamenti osservabili, e non semplicemente una proposizione o un insieme di proposizioni linguistiche»⁶⁴. Più di qualche interesse, allora, può rivestire una riflessione sulla figura del ‘giudice’ e soprattutto sul ruolo che la giurisprudenza gioca nella prospettiva ordinamentale di matrice giusnaturalistica.

La declinazione del confronto del momento prudenziale con la teoria generale del normativismo, si potrebbe sinteticamente rappresentare come la dicotomia tra la figura del ‘giudice’ e quella del ‘legislatore’. Tema questo che viene anche oggi identificato all’interno dell’istituzione ‘Stato’ (modernamente intesa). Difatti, la vera grave preoccupazione del giurista che voglia rinvenire la dimensione corretta di libertà-autonomia entro il vaso di pandora della *prudentia* è chiamato a incanalare il discorso lungo il solco della limitazione del ‘potere’. È opportuno, prima di ogni altro argomentare, ridefinire gli orizzonti dell’autonomia nella società e nella politica. A partire dal nodo gordiano del ‘giudizio’, la prospettiva ‘prudenziale’ può proporre allora una alternativa strutturandosi quale essenza stessa del giuridico, poiché solo nel ‘luogo’ del processo delle singole rivendicazioni si può esplicitare la vera natura del diritto come entità connaturata all’essere umano e per questo restia a qualsiasi amputazione procustiana d’ordine formale.

San Tommaso introduce però nel discorso sulla virtù della prudenza un fattore nuovo e cardinale: l’*affectus*. Solo chi è prudente può agire bene ma prudente può essere solo colui il quale sia disposto ad ‘amare e volere il bene’.

Se è incontestabile che la volontà non è di per sé in grado di determinare e di produrre la verità della conoscenza, infatti, non è perché io voglio il bene che la mia decisione è prudente bensì perché io riconosco realmente la situazione concreta dell’azione, è altresì incontestabile che la volontà del bene è la condizione alla quale è legato l’esserci e il *quod* della risoluzione prudente: la volontà del bene rende possibile che la risoluzione prudente riceva effettivamente il suo *quid* dalla vera co-

⁶⁴ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, p. 162.

noscenza della realtà. La rettitudine della volontà del fine dà via libera alla verità affinché essa possa imprimere al volere e all'operare il sigillo dell'adeguazione all'essere.

Pare utile richiamare come i problemi specifici di interpretazione e di applicazione che ciascun magistrato (dal giudice di pace a quello che siede in Corte costituzionale e nelle varie sedi internazionali) si trova a dover affrontare, sono riconducibili a questioni più generali, ma non per questo astratte. Sulla scia del giusfilosofo, in effetti, ci dobbiamo chiedere se e come possano sussistere garanzie formali e sostanziali affinché il risultato interpretativo non cambi con il mutare della (*prudentia*) della 'persona' del giudice⁶⁵.

In altri termini consueti al dibattito giuridico moderno, la problematica sembra incentrarsi sul rapporto tra Stato (di diritto) e principio di uniformità interpretativa, lasciando in sospeso l'ulteriore nesso tra quest'ultimo principio e quello di certezza del diritto in una prospettiva di ordine prudenziale. Mentre, infatti, la certezza del diritto va intesa quale frutto ultimo e fondamentale della uniformità interpretativa, alla luce della dinamicità economica, politica, culturale (e quindi, si potrebbe intendere, anche giuridica) della società, pare necessario sottolineare che tali questioni non devono interessare soltanto la comunità degli specialisti (gli studiosi e i c.d. 'pratici' del diritto), ma possono trovare spazio nell'agone della dialettica politica quotidiana.

È facile intuire come non sia ipotizzabile una teoria esaustiva ed organica circa il ruolo ed i poteri del giudice in società. Già taluni Autori si sono spinti lungo questa intuizione che non è però riuscita a palesare effettive, ma soprattutto efficaci, alternative. D'altronde, in termini sintetici, pare uti-

⁶⁵ La *vexata quaestio* per la quale la *prudentia* secondo taluni non si dovrebbe estendere alla dimensione collettiva, perché attinente al solo bene privato dato che «existimabant quod non oportet hominem quaerere nisi bonum proprium» trovava in San Tommaso questa replica: «Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et praecipere de his per quae pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis» (TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 10).

le dedurre che queste prospettive scontano spesso una critica immediata: l'aver trattato con superficialità quella letteratura giusrealista che enfatizza(va) l'elemento arbitrario insito proprio negli arresti delle corti.

Con un gioco di parole si potrebbe affermare che la fiducia nel giudice è fondata sulla 'non credenza' della reale possibilità di sentenze 'incredibili'; e questa convinzione, ci pare, nasce non perché vi possa essere davvero qualche ingenuo positivista devoto, non (tanto) al legislatore, ma (in alternativa) allo *stare decisis*, ma perché si possa ritenere che, per quanto sussista una forma di arbitrio nelle sentenze, essa non potrà/dovrà mai palesarsi fisiologicamente in un ordinamento giuridico.

D'altra parte, proprio su questi elementi il Grossi ha anticipato da par suo le 'critiche' sulla potenziale arbitrarietà del giudice 'inventore' del diritto, affidando quello che oltre ad essere una convinzione razionale risulta palesare un *affectus* reale su 'imparzialità' e 'ragionevolezza' del giudice medesimo in quanto tale⁶⁶.

Il giudice⁶⁷, difatti, più del legislatore-sovrano è ben consapevole che ci sono dei confini nell'argomentazione, il cui superamento è considerato da tutti, e quindi anche dal giudice medesimo in prima persona, prima che ingiusto ed irrazionale, statisticamente improbabile e che si regge sull'obbligo di motivazione di una sentenza, obbligo che (oggi) non ha nessun testo legislativo umano.

6. *Conclusionione interlocutoria. Il rinnovato ruolo del giurista tra ordinamento costituito ed esperienza costituente*

All'interno di tale quadro, il ruolo sociale che il giurista può inverare è decisivo: assumere l'arduo giogo di evitare l'incoe-

⁶⁶ Cfr. P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., par. 10.

⁶⁷ In merito al diritto giurisprudenziale e ancor più specificatamente circa la giurisprudenza quale fonte del diritto, vedasi pure C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1991; A. SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetto delle pronunce della Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubblico*, 9, 1959, p. 24; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, pp. 581 e 682.

renza dell'ordinamento tramite il ricorso quotidiano e non per questo meno importante alla *prudentia*; in sostanza, al giurista spetta il compito di sfruttare il proprio ruolo ermeneutico (e lo potrà evidentemente fare tanto come studioso quanto come giudice) per rendere compatibile quella regola particolare col principio generale che l'ha giustificata e, almeno implicitamente, fondata.

A tal fine, probabilmente, perfino Hayek invocava una comunione d'intenti tra giuristi: «se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme»⁶⁸.

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

D'altra parte abbia l'obbligo di fugare pregiudizi e fraintendimenti e così renderci conto che, soprattutto oggi, «si scambia per coscienza uno stato emozionale di preferenza o di ripugnanza, rispettabile se sincero, ma che come ogni stato emozionale è, se mai, la materia su cui si esercita il giudizio della coscienza»⁶⁹.

Volendo attenerci al magistero dei classici, se è necessario non confondere 'coscienza' con 'prudenza' è pure opportuno per dar risvolto pratico a teoresi realistiche verificare come questi due profili (coscienza e prudenza) possano interagire tra loro e così poter valutare nel concreto se i richiami alla

⁶⁸ F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, 1973, p. 87.

⁶⁹ G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Foro Italiano*, 73, 1950, V-VI, p. 11.

‘coscienza’ (diritto di resistenza/obiezione di coscienza) da parte di un soggetto umano/soggetto giuridico possano (o no) essere ritenuti giustificati e validi. Su questo fronte dalla difficoltà enorme ci possiamo così chiedere se tale interazione coscienza/prudenza possa essere espressione del fatto che la coscienza possa identificarsi con le virtù che Tommaso considera parti potenziali della prudenza stessa⁷⁰. Tali virtù (che Tommaso recupera da Aristotele) sono la *eubulia*, che è la virtù del buon consiglio; la *synesis*, che è preposta al giudizio dei cari ordinari; la *gnome* che regola il giudizio nei casi eccezionali/imprevedibili/difficili (noi giuristi diremmo gli *hard cases*).

A ben vedere, visto che la ‘coscienza’ si esprime col criterio del ‘giudizio’, la questione che stiamo affrontando per sviluppare prossime linee di ricerca in ambito di *prudencia juris* si incentra su *synesis* e *gnome*. Sul punto possiamo recuperare il magistero di uno dei teologi tomisti più capaci che permette di pennellare l’orizzonte teoretico della conclusione di questa mia relazione già con un certa precisione che sarebbe superbo riferire con parole altre e così riporto fedelmente quelle dello spagnolo Santiago Ramirez: «La coscienza si distingue dalla prudenza come un atto si differenzia dall’abito virtuoso che dispone e muove a formarlo. Il dettame della retta coscienza ha sempre come principio formale immediato la virtù della prudenza, non certo nella sua attuazione ultima di ordinare con efficacia l’educazione dell’azione buona, ma nella sua attuazione previa e prevalentemente intellettuale in quanto abilita con la *synesis* e la *gnome* al retto giudizio delle cose pratiche. Così insegnano comunemente i teologi tomisti: con esso la coscienza retta è sempre un atto di virtù, come quella cattiva e deformata procede dal vizio contrario dell’imprudenza»⁷¹.

Tendendo una perifrasi che sia conclusiva e sintetica, potremmo sottolineare come il giusto si invera nel prudente (del giudizio della coscienza del giudice) e anche nel razionale. E

⁷⁰ Il tema viene ben investigato anche nella *Introduzione* al trattato tommasiano sulla prudenza nella nota edizione di TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, vol. XVI, cit., pp. 203-217.

⁷¹ TOMMASO D’AQUINO, *Suma Teologica de S. T. de Aq.*, vol. VIII, Madrid, 1947, p. 730.

così il positivo (della legge) potrà intrecciarsi col realmente naturale⁷² e, tramite questo, col divino⁷³.

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

Probabilmente, quindi, con serena umiltà, il presente del diritto palesa meno parole forti di quel che si illude di avere (che non siano quelle di una fatua retorica) e più dubbi di quel che ritiene di aver risolto. Probabilmente, dal balbettio fondato di ieri è ancora oggi utile cogliere portato e senso (di certezza e di affidamento). Anche per questi moniti un plauso è dovuto a Paolo Grossi e meritoria risulta la sua improba fatica intellettuale.

⁷² Per un approfondimento e nel contempo per un collegamento a quanto si va esponendo nel testo, vedasi l'analisi generale di A. PIZZORNI, *Sulla nozione di diritto naturale*, in *Aquinas*, 1970, p. 113 ss. Per una disamina introduttiva circa quel che nel testo si intende per 'diritto naturale' vedasi: J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, 1990, soprattutto per la disamina al cap. VIII circa *La scienza del diritto naturale* (*ivi*, pp. 193-199); M. VILLEY, *Dialectique et droit naturel*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1973, pp. 821-831; D. CASTELLANO, *Il diritto naturale tra etica e politica*, ora in *Id.*, *La verità della politica*, Napoli, 2002, pp. 135-148.

⁷³ Vedasi anche qui le stimolanti, seppur fugaci, riflessioni abbozzate in S. COTTA, *La legislazione tra il divino e l'umano*, cit., pp. 19-31.

ANDREA FAVARO, Rinnovata 'inventio' del diritto come esperienza giuridica. Il contributo di Paolo Grossi

Partendo da alcune considerazioni circa la attuale 'fortuna' del diritto positivo negli ordinamenti giuridici continentali, l'Autore recupera i paradigmi della scienza e della tecnica del diritto per evidenziare le potenziali derive assolutistiche del primato della legge. Ne emerge una rivalutazione del ruolo della *prudentia iuris*, agevolata dall'analisi del recente contributo di uno dei giuristi italiani viventi più autorevoli, Paolo Grossi, che molto impegno ha speso nel denunciare come il diritto viva nell'esperienza umana più che nelle leggi scritte.

Parole-chiave: autonomia, *prudentia iuris*, Paolo Grossi, esperienza giuridica.

ANDREA FAVARO, Renewed 'inventio' of the right as a juridical experience. The contribution of Paolo Grossi

Starting from some considerations about the current 'fortune' of normative law in the 'civil law' legal systems, the Author retrieves some paradigms of juridical science and technique to highlight the potential absolutist drifts of the primacy of the law. What emerges is a re-evaluation of the role of the *prudentia iuris*, facilitated by the analysis of the recent contribution of one of the most authoritative living italian jurists, Paolo Grossi, who has spent a lot of effort denouncing how the law lives more in human experience than in written laws.

Key words: authonomy, *prudentia iuris*, Paolo Grossi, juridical experience.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2019

Miscellanea

<i>Gabriele Carapezza Figlia</i> , L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti	745
<i>Carlotta Latini</i> , Una legislazione <i>per spot</i> . Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di codice penale	763
<i>Laura Palazzani</i> , Limite terapeutico e accanimento clinico sui minori: profili bioetici e biogiuridici	789
<i>Giovanni Rossi</i> , Bartolomeo Cipolla, giurista 'esemplare' del maturo diritto comune	813
<i>Daniele Velo Dalbrenta</i> , Immagini di una metamorfosi: albori della concezione penale moderna in <i>Utopia</i> di Thomas More	853
<i>Marina Frunzio</i> , <i>Atilicino</i> e <i>l'institutio heredis del servus 'sine libertate'</i>	879
<i>Francesco Zini</i> , Il perfezionismo nel dibattito biogiuridico sulle biotecnologie	913
<i>Kathryn O'Sullivan</i> , La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma	931
<i>Andrea Favaro</i> , Rinnovata <i>'inventio'</i> del diritto come esperienza giuridica. Il contributo di Paolo Grossi	961
<i>Miguel Herrero Medina</i> , <i>Función de las primitivas formas testamentarias</i>	999
<i>Claudio Gentile</i> , I primi passi dello Stato della Città del Vaticano. L'attuazione del Trattato Lateranense nelle carte d'archivio dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede	1041
Recensioni	1077

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868
Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.