

FRANCESCO GENTILE  
LE TRE STANZE  
DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. La stanza della 'geometria legale'. 2. La stanza della dialettica giuridica. 3. La stanza della teodicea.

**P**ER l'esperienza di tanti anni d'insegnamento nella Facoltà di Giurisprudenza ritengo di poter dire che tre sono le 'stanze' della Filosofia del diritto, disciplina introdotta nel piano di studi per la formazione dei giuristi, a metà del Secolo XVIII, come 'contrappeso' allo scientismo dilagante negli studi e come 'antidoto' al materialismo diffondentesi nell'esperienza giuridica,<sup>1</sup> ed oggi, all'inizio del XXI, chiamata provocatoriamente in causa dal nichilismo strisciante a cui l'esperienza giuridica è esposta dal formalismo positivistico.<sup>2</sup> Tre 'stanze': la prima, che chiamerei della 'geometria legale', incentrata sulla legalità, la seconda, che chiamerei della 'dialettica giuridica', incentrata sulla giustizia e la terza, che sarei tentato di chiamare della 'teodicea', incentrata sulla giustificazione.

1. LA STANZA DELLA GEOMETRIA LEGALE

Nel libro della *Sapienza* si legge che gli empi, tra loro sragionando, dicono:

«La nostra vita è breve e triste; non c'è rimedio quando l'uomo muore, e non si conosce nessuno che liberi dagli inferi. Siamo nati per caso e dopo saremo come se non fossimo stati. [...] La nostra esistenza è il passare di un'ombra e non c'è ritorno alla nostra morte. Su, godiamoci i beni presenti, facciamo uso delle creature con ardore giovanile! [...] perché questo ci spetta, questa è la nostra parte» (*Sap* 2, 1-9).

Anche l'empio, per il quale la vita passa «come le tracce di una nube», destinata a disperdersi «come nebbia scacciata dai raggi del sole e disciolta dal ca-

<sup>1</sup> Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1839 (5a ed.), p. 9 e i miei saggi su *Il progetto di regolamento degli studi politico-legali di G. D. Romagnosi*, in *L'educazione giuridica. II, Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1979, pp. 430-453, nonché su *Il posto della filosofia del diritto negli studi legali secondo Mancini*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, Napoli, 1991, pp. 335-365.

<sup>2</sup> Cfr. N. IRTI, *In dialogo su Nichilismo giuridico*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 2006 (LXXXIII), pp. 179-180.

lore», rivendica ciò che gli spetta. Rivendica cioè che gli venga riconosciuta la sua parte. Chiede un ordinamento delle relazioni intersoggettive, un ordinamento giuridico. Insomma, anche nel più ingiusto dei mondi, anche in una società di delinquenti, ferma rimane la nozione, giuridica, di giustizia, «la costante e ferma volontà di dare a ciascuno il diritto che gli spetta», come disse Ulpiano distillando una sapienza antica, da Omero (*Od* 14, 84) a Platone (*Resp* 331), da Aristotele (*Ret* 1, 9) a Cicerone (*De fin.* 5, 23). Una nozione che ha trovato nei testi dei Padri della Chiesa rinnovata vitalità, in Ambrogio (*De off.* 1, 24) come in Agostino (*De civ.* 5, 23), per raggiungere infine il momento più alto con Tommaso: «Giustizia è quell'abito in virtù del quale un uomo di ferma e costante volontà attribuisce a ciascuno il suo proprio diritto» (II, II, 58, 1).

L'esperienza nella quale il giurista viene chiamato, *advocatus*, ad esplicitare la sua professione è l'esperienza della lite: del conflitto, della comunicazione interrotta, della relazione lacerata. Ed egli corrisponde alla richiesta d'aiuto mediante la rappresentazione del suo di ciascuno. Ora, in un'epoca tecnologica<sup>3</sup> qual è la nostra, la rappresentazione che immediatamente ne viene data è quella offerta dalla geometria legale,<sup>4</sup> prodotto dell'applicazione del metodo ipotetico-deduttivo, proprio delle scienze fisico-matematiche, o naturali che dir si voglia, allo studio dell'uomo e delle relazioni umane.

Benché diverse e varie siano le versioni che ne sono state date, il nucleo comune e fondamentale del 'protocollo', o 'principio proprio' o 'apriori', della geometria legale è costituito dalla convenzione dell'uomo come individuo, come atomo, come unico e quindi del soggetto senza regole perché privo delle nozioni di bene e di male. Per tutte valga l'icastica affermazione di Hobbes dal *Leviathan*:

Fin quando un uomo è nel puro stato di natura [...] il suo appetito personale è la misura del bene e del male [...]. Bene e male sono nomi che significano i nostri appetiti e le nostre avversioni che nei differenti e diversi uomini differiscono per il loro giudizio [...]. Anzi lo stesso uomo, in tempi diversi, differisce da se stesso, e in un tempo loda, cioè chiama buono, quello che in altro tempo disprezza, e chiama cattivo; onde sorgono dispute, conflitti e, alla fine, guerra (*Lev.* XVI).

Il puro stato di natura, dove 'puro' sta per convenzionalmente assunto, è dunque uno stato in cui ognuno ha una pretesa su tutto e di conseguenza

<sup>3</sup> Cfr. di S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Rizzoli ed., Milano, 1975 e il mio *Alle radici della mentalità tecnologica*, in «Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos», LVII (2007), pp. 134 ss.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione del mio modo di intendere la 'geometria legale' cfr. U. PAGALLO, *Teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto in Francesco Gentile*, in appendice al mio *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*. Terza edizione integrata da quattro codicilli, Cedam, Padova, 2005 e altresì *De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política*, a cura di M. Ayuso Torres, Marcial Pons, Madrid, 2006.

nessuno è sicuro di niente. La precarietà assoluta dello stato di natura, postulata da Hobbes, viene da Rousseau colorita con introspezioni psicologiche straordinariamente profonde, potremmo dire anticipatrici degli sviluppi in senso consumistico della società tecnologica.<sup>5</sup> L'unico, che negli altri vede solo ostacoli o strumenti, per soddisfare i suoi appetiti rimane irretito in una serie di legami soffocanti.

Sempre attivo, suda, si agita, si tormenta continuamente alla ricerca di occupazioni più faticose; lavora sino alla morte a cui corre incontro per sentirsi vivo, o rinuncia alla vita per conquistare l'immortalità. Fa la corte ai grandi che odia e ai ricchi che disprezza; non si risparmia pur di ottenere l'onore di servirli; si vanta orgogliosamente della sua miseria e della loro protezione, ad un passo dalla schiavitù parla con disprezzo di quelli che non hanno l'onore di dividerla' (*Discours sur l'origine de l'inégalité*).

Sulla base di questo protocollo, convenzionale, la geometria legale postula l'associazione politica come compagnia di assicurazione alla quale si accede mediante il contratto sociale.

Dell'associazione politica come compagnia di assicurazione bisogna considerare le due modalità opposte, dello 'stato di diritto', che assicura in negativo ossia per repressione, e dello 'stato sociale', che assicura in positivo ossia per promozione.<sup>6</sup> Ora non v'è dubbio che la diversità dei beni assicurati, dalla sopravvivenza alla salute, dalla proprietà al lavoro, dall'eguaglianza alla previdenza, ecc. comporti difficili problemi di adattamento del sistema assicurativo ma questo non ne modifica la struttura essenziale e lo scopo ultimo, come peraltro risulta scopertamente dai due casi limite dello 'stato minimo' sul versante dello stato di diritto e dello 'stato assistenziale' sul versante dello stato sociale. L'uno rappresenta il limite negativo dell'assicurazione sociale, che si basa sul principio di risarcimento secondo il quale, se s'impone una proibizione ad attività rischiose, si deve risarcire chi è danneggiato dal fatto che queste gli vengono impedito. L'altro rappresenta il limite in positivo dell'assicurazione sociale, configurandosi come sistema di protezione estesa a tutti i segmenti dell'esistenza, come volgarmente si dice 'dalla culla alla bara', e per tutti i membri della società senza distinzione di classe sociale o economica, volgarmente potremmo dire 'dallo Zio Tom a Rockefeller'.

Sulla base di queste premesse politico-sociali l'ordinamento giuridico viene configurato come meccanismo assicurativo,<sup>7</sup> di cui la chiave è data dalla

<sup>5</sup> Cfr. il mio *Le jeu politique du promeneur solitaire*, in *Jean-Jacques Rousseau et la crise contemporaine de la conscience*, Beauchesne, Paris, 1980, pp. 325 ss.

<sup>6</sup> Cfr. il mio *Sulla società come compagnia di assicurazione ovvero della falsa alternativa tra 'stato di diritto' e 'stato sociale'*, in *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 89 ss.

<sup>7</sup> Cfr. il mio *Sull'ordinamento come meccanismo assicurativo ovvero dei diritti soggettivi e degli obblighi giuridici nell'État Providence*, in *Politica aut/et statistica*, cit., pp. 99 ss.

cosiddetta norma tecnica: 'Se A allora B'. Dove A è la fattispecie astratta e B l'effetto giuridico. Un meccanismo molto semplice, o meglio semplificato, per cui al verificarsi d'una interferenza tra i comportamenti soggettivi, assimilabile o, come si dice tecnicamente, sussumibile in una delle fattispecie astratte convenzionalmente sancite, si fa corrispondere una sola reazione obbligata, prevedendo come dovuta per chi non vi si attendesse una sanzione. Non sfugge ad un'attenzione anche superficiale il risultato rassicurante di questo meccanismo, che all'infinita e incontrollabile serie degli esiti derivanti dalla relazione intersoggettiva sostituisce un solo esito giuridicamente governabile e controllato. Ma soprattutto risulta la sua vera natura. In effetti, mediante l'ordinamento giuridico delle condotte dei singoli soggetti, geometricamente concepito, non si evita l'interferenza degli appetiti individuali e quindi la conflittualità, cosa affatto impossibile stante la postulata gratuità delle motivazioni individuali e l'assenza di regole condivise nell'ipotetico stato di natura, ma si neutralizzano le conseguenze della relazione intersoggettiva, vero e proprio evento dannoso per l'uomo, da cui derivano, per continuare ad usare le espressioni hobbesiane, dispute, conflitti e infine guerra. In questa prospettiva i diritti soggettivi vengono configurandosi come un potere privato, relativo ma sicuro, come qualcosa che non è propria del soggetto in sé e per sé bensì come concessione munifica e graziosa del potere pubblico. E d'altra parte gli obblighi giuridici si configurano come un onere privato, nel senso che in sé e per sé il soggetto obbligato non è tenuto ad obbedire al precetto ma solo a subire la sanzione che il potere pubblico gli infliggerà in caso di disobbedienza.<sup>8</sup> Continuando a ragionare in termini di assicurazione, si potrebbe dire che gli obblighi giuridici corrispondono ai premi di assicurazione che il soggetto deve pagare per poter esercitare i diritti soggettivi, autentiche indennità assicurategli dal potere pubblico al verificarsi dell'evento dannoso ossia della relazione intersoggettiva.

Ora, per assicurare il funzionamento di questo meccanismo, rudimentale ma coerente ed estremamente efficace dal punto di vista operativo, la geometria legale deve postulare la sovranità del soggetto pubblico e la sudditanza dei soggetti privati. Sovrano il soggetto pubblico che, per usare le espressioni inequivocabili di Jean Bodin, «nulla riceve dagli altri» e «non dipende che dalla sua spada» (*Six livres de la République*). Suddito il soggetto privato che, per usare le espressioni terribili di Rousseau, in virtù del contratto sociale «non è niente, né può niente, se non mediante la collettività» (*Du contrat social*). Unica fonte dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive la legge

<sup>8</sup> Cfr in proposito di N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Novene ed., Napoli, 1974; nonché il mio *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, in *Atti del xiv Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica*, a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 117 ss.

in quanto espressione della volontà sovrana, «questa voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica e gli insegna ad agire secondo le massime del suo giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso» (*Discours sur l'économie politique*). Unica guida il legislatore il quale

deve sentirsi in grado di cambiare la natura umana, di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in qualche modo, la vita e l'essere [...]. Bisogna, in una parola, che tolga all'uomo le forze che gli sono proprie per dargliene di estranee a lui, di cui non possa far uso se non col sussidio di altri. Quanto più queste forze naturali sono morte e annientate, quanto più le forze acquisite sono grandi e durevoli, tanto più solida e perfetta è l'istituzione (*Du contrat social*).

Di questa operazione prometeica di controllo sociale l'operatore giuridico, in quanto applicatore della volontà legislativa, sarebbe il primo attore, essendo chiamato a qualificare giuridicamente i comportamenti individuali mediante il sillogismo giuridico di cui, come sostiene Kelsen, premessa maggiore è la *Grundnorm*: «Si deve obbedire al potere costituito ed effettivo» (*Reine Rechtslehre*). In tal modo all'universo conflittuale dello stato di natura egli sovrapporrebbe l'universo ordinato delle leggi. E di ciascuno, di cui nulla è realmente proprio, contribuirebbe a far riconoscere come suo quanto gli è virtualmente attribuito per le vie legali. Nonostante tante e tanto solenni dichiarazioni dei diritti umani,<sup>9</sup> sullo sfondo si profila la paradossale condizione di Joseph K., il protagonista del *Processo* di Kafka!

## 2. LA STANZA DELLA DIALETTICA GIURIDICA

Di fronte a

l'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo [...] chi cerca ancora una risposta troverà non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Di straordinario interesse sono le parole del Papa Benedetto, pronunciate all'Assemblea delle Nazioni Unite il 18 aprile 2008, a proposito di legalità e diritti: «L'esperienza ci insegna che spesso la legalità prevale sulla giustizia quando l'insistenza sui diritti umani li fa apparire come l'esclusivo risultato di provvedimenti legislativi o di decisioni normative prese dalle varie agenzie di coloro che sono al potere. Quando vengono presentati semplicemente in termini di legalità, i diritti rischiano di diventare deboli proposizioni staccate dalla dimensione etica e razionale, che è il loro fondamento e scopo. [...] Dato che i diritti e i conseguenti doveri seguono naturalmente dall'interazione umana, è facile dimenticare che essi sono il frutto di un comune senso della giustizia, basato primariamente sulla solidarietà fra i membri della società e perciò validi per tutti i tempi e per tutti i popoli».

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, III, p. 55; tr. it. in A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, ESI, Napoli

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

buona regola secondo la quale di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere (*Polit.* 285 a-b).

Scoperta la definizione platonica di dialettica.

Proponendo la *Grundnorm*, oltre che come fattore unificante in un tutto ordinato dei molteplici e disordinati comandi della volontà sovrana, come fattore di trasformazione del potere in diritto, il geometra delle leggi ricono-

1990, pp. 33-34. Un interessante antecedente potrebbe trovarsi già nella relazione al Titolo preliminare del Code Civil, presentata da J. S. M. Portalis, nella seduta del Corps Législatif, il 4 del mese ventoso dell'anno XI della Rivoluzione francese (23 febbraio 1803), dove si legge: «Il potere legislativo è onnipotenza umana. La legge stabilisce, cambia, modifica, perfeziona; distrugge ciò che è, crea ciò che non è ancora. La mente di un grande legislatore è una specie di Olimpo donde promanano le grandi idee, le felici concezioni che provvedono alle fortune degli uomini e al destino degli stati!»

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

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

Nel dialogo su la *Politéia* o, come per lo più si cita latinamente, su la *Respublica*, Platone si pone il problema dell'origine della comunità umana e muove dalla constatazione dell'impossibilità del singolo di bastare a se stesso per il bisogno che lo contraddistingue di molte cose. «E così per un certo bisogno

ci si aggrega l'un l'altro, per altri bisogni ad altra gente ancora, finché la molteplicità dei bisogni raccoglie in uno stesso luogo più uomini che si associano assieme per darsi reciproco aiuto» (*Resp.* 369 c). Un agricoltore, un muratore, un tessitore, un calzolaio costituiscono il primo nucleo, «seguendo un procedimento logico» (*Resp.* 369 c-d) per il quale, stanti le diverse attitudini personali, è più conveniente che ognuno produca per se e per gli altri quello che meglio sa fare e quindi reciprocamente ci si scambiano i prodotti. Sin dalla più elementare modalità, quella dei produttori o *demiourgoí*, la relazione intersoggettiva porta con sé e in sé il problema dell'attribuire il suo a ciascuno. Nello scambio dei prodotti, ma forse potremmo dire già nella loro produzione in una prospettiva non individualistica ma comunitaria, è presente quale criterio dello scambio la regola, che non sopraggiunge quindi, per un atto di volontà, ma è originaria. Il dilatarsi delle comunità per il moltiplicarsi dei bisogni e conseguentemente degli addetti alla produzione, l'elenco che ne fa Socrate è volutamente ironico: cacciatori, imitatori, musicisti, poeti, rapsodi, attori, ballerine, impresari, fabbricanti di belletti, pedagoghi, balie, nutrici, pettegatrici, barbieri, macellai, porcai, medici... ecc., spingendo a «oltrepassare i limiti del giusto» (*Resp.* 373 d), porta alla guerra e quindi ad un nuovo bisogno, quello della difesa, e, seguendo sempre il medesimo procedimento logico, ad una nuova relazione quella con i custodi, i *phúlakes*. La regola di questo nuovo scambio, asimmetrico perché instaurantesi tra prodotti materiali e disponibilità personale, va ricercata nel solo modo mediante il quale il custode «distingue una faccia amica da una nemica [...] ossia nel conoscere l'una e nel non conoscere l'altra» (*Resp.* 376 b). L'esame particolareggiato e puntiglioso del modo di allevare ed educare i *phúlakes* conduce Platone a scoprire «il modo con cui la giustizia e l'ingiustizia nascono» (*Resp.* 376 d – 412 e) nella relazione ossia «l'essere (o il non essere) in possesso del vero» che altro non è se non «il pensare ciò che veramente è» (*Resp.* 413 a) proprio di quanti sono autenticamente amanti del sapere ossia *philosophoi*. La formula scolastica per la quale si parla della comunità giusta come composta da produttori, custodi e filosofi è certamente semplicistica e fonte di equivoci ma contiene tuttavia un nucleo di veridicità se se ne intende il più riposto significato in riferimento alla relazione e alla regola che a questa è implicita. Per essere giusta, infatti, ovvero perché sia in grado di attribuire realmente a ciascuno il suo, una comunità deve avere produttori che sappiano produrre in modo di soddisfare i bisogni, né più né meno, la cui virtù è la *sophrosúne* ossia la temperanza, deve avere custodi che sappiano difendere la città dai nemici, esterni ed interni, la cui virtù è l'*andreía* ossia il coraggio, e deve avere filosofi che sappiano vedere ciò che è veramente, la cui virtù è la saggezza o prudenza che talvolta è indicata col termine *sophía* talaltra col termine *phrónesis*. *Dikaíosúne* è il nome che indica questa virtù della comunità per la quale «ciascuno attua ciò che gli è proprio, senza impicciarsi d'altro» (*Resp.*

433 b). Andrebbe tangenzialmente notato come questa sia l'interpretazione platonica del socratico 'conosci te stesso' che troverà per Platone il suo più profondo contenuto nella conoscenza del fine ultimo, ragion d'essere del tutto, ossia il Bene.

Una più attenta considerazione della complessa struttura dell'essere in relazione mette in evidenza come il senso del dovere, che costituisce la condizione perché ciascuno dei membri della comunità occupi il suo posto e corrisponda convenientemente al suo ruolo sociale, armonicamente, in realtà abbia anche, e forse prima e soprattutto, una valenza personale per il singolo, per il suo equilibrio, per l'accordo, *sumphonia*, e il concerto, *armonia*, dell'anima. L'attenzione si fissa così sulla temperanza, intesa come la via che più direttamente conduce alla giustizia. È «una specie d'ordinato equilibrio e di dominio sulle passioni e i piaceri, come dicono quando [...] si afferma che uno "è padrone di sé" ed altre espressioni simili» (*Resp.* 430 e). Essere padrone di sé! C'è qualcosa di bizzarro in questa espressione poiché saremmo portati a dire che chi di sé è più forte anche di sé stesso è schiavo e chi di sé è schiavo anche di se stesso è padrone. In realtà la temperanza, che in un primo momento viene individuata come la virtù dei produttori e che poi si rivela come la virtù che deve essere condivisa da tutti i membri della comunità affinché ciascuno stia al suo posto e non invada l'altrui, scopre per così dire la struttura dell'anima e rivela come in essa

vi siano due aspetti, uno migliore e uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il dominio sulla peggiore, ecco l'espressione: "essere padrone di sé", e suona lode; quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia, la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla cattiva, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto "schiavo di se stesso" e intemperante: e suona biasimo e rimprovero (*Resp.* 431 a-b).

La relazione non è quindi solo una modalità dell'essere esteriore del soggetto, nei suoi rapporti con gli altri, ma anche e prima di tutto dell'essere interiore della sua anima, nel rapporto con se stesso. L'approfondimento di questo conduce il filosofo prima ad individuare

due principi distinti l'uno dall'altro: l'uno, quello mediante il quale l'anima ragiona, che potremo chiamare l'aspetto razionale (*logistikón*), l'altro, quello mediante il quale l'anima ama, ha fame e sete e diviene preda di tutte le passioni, quello che potremo chiamare l'aspetto irrazionale e concupiscente (*epithumetikón*), che vive in compagnia di ciò che dà soddisfazione e dei piaceri' (*Resp.* 439 d).

E quindi di un terzo. «quell'aspetto impulsivo (*thumós*), l'aspetto per cui ci adiriamo» (*Resp.* 439 e), che parrebbe doversi associare al concupiscente ma che invece, alleato del razionale, è chiamato a fronteggiarne la prepotenza affinché con la voglia insaziabile di piacere, di ricchezza e di successo non venga sconvolto l'ordine dell'anima personale e, di riflesso, della comunità intera. Giusti-

zia in questa prospettiva è dunque che ciascuna delle parti dell'anima attui la sua propria funzione e in tal senso, compia il proprio dovere, in modo tale che «i movimenti di tutte e tre siano proporzionati gli uni agli altri» (*Timeo* 89 e).

Scavando poi ulteriormente nell'anima dell'uomo, il filosofo supera lo schematismo che poteva irrigidire l'essere padrone di sé tra una parte che è migliore, nel senso che deve star sopra, e di una peggiore, che deve star sotto, e nel *Politico*, con straordinaria lucidità utilizzando il paradigma della tessitura, propone una rappresentazione dell'anima come intessuta di *andreia* e di *sophrosune* ma anche, sapendo di sorprendere con un'affermazione sconcertante, mette in luce come quelle «due parti della virtù [...] possano trovarsi in grave contrasto fra di loro e quasi opposte l'una all'altra» (*Polit.* 306 b). Non c'è dubbio che quando di un uomo diciamo che è vivo ed energico, pronto ed energico o impetuoso e così via esprimiamo un elogio ma un elogio esprimiamo anche quando di un uomo diciamo che è pacifico e saggio, quando è mansueto e dolce nel rivolgersi agli altri, con voce piana e grave.

Eppure se queste opposte qualità si manifestano fuori luogo, cambiamo parere, e per biasimarle le indichiamo con nomi che significano il contrario [...] se ciò di cui parliamo si rivela più acuto, più rapido, più duro del necessario, lo chiamiamo violento (*ubristikós*) e rabbioso (*manikós*); se più grave, più lento, più sdolcinato, lo diciamo pusillanime (*deilós*) e infingardo (*blakikós*). Giustizia, così guardando le cose, si rivela essere misura, 'giusto mezzo (*tò métron*), essere conveniente, opportuno, doveroso, in una parola, per sua sede naturale il mezzo (*tò méson*) degli estremi' (*Polit.* 284 e).

Proprietà, proporzione, giusta misura, che sono fattori dell'ordinamento soggettivo, della *sumphonia*, della *armonia*, della *omonoia* dell'anima personale, per un riassunto dei quali non sapremmo trovare espressione più conveniente che quella di 'autonomia',<sup>11</sup> si rivelano così come il germe dello stes-

<sup>11</sup> Per l'uso distorto, autentico abuso, che si è fatto di questo nome esso può condurre, e troppe volte a condotto, ad equivoci pericolosissimi, tanto che sovente esso viene usato con una valenza negativa. Ma non è così. «Alla base della vita morale sta il principio di una "giusta" autonomia dell'uomo, soggetto personale dei suoi atti – si legge nella Enciclica *Veritatis splendor* (40) del Papa Giovanni Paolo, il quale, richiamando la costituzione del Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, continua – la legge morale proviene da Dio e trova sempre in lui la sua sorgente: in forza della ragione naturale, che deriva dalla sapienza divina, essa è, al tempo stesso, la legge propria dell'uomo». La legge naturale infatti, come si è visto, «altro non è che la luce dell'intelligenza infusa in noi da Dio. Grazie ad essa conosciamo ciò che si deve compiere e ciò che si deve evitare. Questa luce e questa legge Dio l'ha donata nella creazione» (TOMMASO D'AQUINO, *Opuscula theologica*, II, n. 1129). La giusta autonomia della ragione pratica significa che l'uomo possiede in se stesso la propria legge, ricevuta dal Creatore. Tuttavia l'autonomia della ragione non può significare la creazione, da parte della stessa ragione, dei valori e delle norme morali. Se questa autonomia implicasse una negazione della partecipazione della ragione pratica alla sapienza del Creatore e Legislatore divino, oppure se suggerisse una libertà creatrice delle norme morali, a seconda delle contingenze storiche

so ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, della *sumphonia*, della *armonia*, della *omónoia* della comunità.<sup>12</sup> Non è per un preconcetto mitologico né per un'opzione ideologica che Cicerone poteva affermare che «la disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle Dodici Tavole, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia» (*De leg.* I, 16-17). Per questa via, calandosi filosoficamente nel profondo dell'essere umano, all'operatore giuridico di ogni tempo è dato di difendersi dalla tentazione di ridursi ad 'enzima' del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *Prudentia iuris*. Se amassimo inventare broccardi, saremmo tentati da uno del tipo: *Veritate non auctoritate dicitur ius*.

L'ufficio del diritto o del giurista – infatti, come nota suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle *quaestiones* tomistiche<sup>13</sup> – deve essere concepito essenzialmente come un lavoro di *conoscenza*: conoscenza del giusto nelle cose. La giusta proporzione dei benefici e dei carichi in un gruppo sociale (mediante cui si determina la parte che spetta a ciascun litigante) è cosa che è, che il giurista per la sua funzione specifica dovrà accertare e dire all'indicativo.<sup>14</sup>

Un'affermazione che oggi diremmo controcorrente ma in cui riecheggia il monito ciceroniano di non pensare il diritto come

costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi, delle sentenze dei giudici, poiché se così fosse potrebbe essere un diritto rubare, commettere adulterio, falsificare testamenti, ove tali azioni venissero approvate dal voto e dal decreto della folla (*De Leg.* I, 15-16)

bensì «derivato dalla natura delle cose<sup>15</sup>, stimolo ad agire onestamente e a tenersi lontano dal mal fare» (*De Leg.* II, 8-10).

o delle diverse società e culture, una tale pretesa autonomia contraddirebbe l'insegnamento della Chiesa sulla verità dell'uomo. Sarebbe la morte della vera libertà: «Ma dell'albero della conoscenza del bene e del male non devi mangiare, perché, quando tu ne mangiassi, certamente moriresti» (*Gn* 2, 17)».

<sup>12</sup> A questo proposito si veda il prezioso volume di F. A. LAMAS, *La concordia politica. (Vinculo unitivo del estado y parte de la justicia concreta)*, Abeledo-Perrot ed., Buenos Aires, 1975.

<sup>13</sup> Sarebbe interessante riflettere su come la *quaestio* scolastica affondi le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. in proposito *Struttura e svolgimento della quaestio. Suggerimenti per la composizione di una tesi forniti agli scolari di Teoria generale e di Filosofia del diritto*, a cura di E. Ancona e M. Fracanzani, CUSL, Padova 1998.

<sup>14</sup> Da *De l'indicatif dans le droit* in *Seize essais de philosophie du droit*, di M. VILLEY, Dalloz, Paris 1961.

<sup>15</sup> A mio avviso è questo il solo modo oggi praticabile per recuperare la grande nozione di 'diritto naturale', stravolta dal cosiddetto giusnaturalismo moderno e compromessa dalla tentazione di trarre, per deduzione astratta, il diritto positivo da un diritto naturale, ipoteticamente assunto come *a priori*. Cfr. in proposito il mio *Su natura e diritto ovvero della difficile intercettazione di un U.F.O. : il diritto naturale* in *Politica aut/et statistica*, cit. pp. 199 ss.

Ci si trova così di fronte al nodo problematico radicale dell'esperienza giuridica, posto dal rapporto tra intelligenza e volontà, tra concetto e precetto, tra indicativo e imperativo, tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità, poiché non si può dare a ciascuno il suo senza sapere quale sia il suo di ciascuno, né evitare di offendere gli altri se non si sa che cosa li offenda o vivere onestamente senza sapere che cosa sia onesto ma, nel medesimo tempo, non basta sapere che cosa è onesto per vivere onestamente, né avvertire ciò che offende gli altri per non offenderli o avere nozione di ciò che è suo di ciascuno per attribuirglielo. Per l'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo. Per ristabilire la relazione tra i litiganti l'imperativo non può che uscire da un indicativo. Ma come? Non per deduzione logica né per induzione ideologica. Il genio dei giuristi romani ha rivelato all'umanità la via dialettica<sup>16</sup> della *Iuris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit*.<sup>17</sup> Su questo nodo problematico radicale un florilegio di citazioni dal *Digesto* e più in generale dalle massime che i giuristi romani ci hanno tramandato potrebbe essere raccolto. Per sottolineare il radicamento del giuridico nella natura delle cose: del diritto naturale com'è evidente (Ulpiano, D. 1, 1, 4) ma anche del diritto delle genti, stabilito tra gli uomini dalla ragione naturale (Gaio, D. 1, 1, 9) e dello stesso diritto civile che, pur caratterizzandosi per essere proprio di una particolare comunità, non si discosta in tutto dal diritto naturale (Ulpiano, D. 1, 1, 6). Per rimarcare con forza la centralità della ragione e dell'onestà nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive per cui, laddove sia stato stabilito alcunché *contra rationem*, neppure la norma giuridica può essere seguita (Giuliano, D. 1, 3, 15) poiché «*non omne quod licet honestum est*» (Paolo, D. 50, 17, 144) e perché nessuno può arricchirsi a scapito e in pregiudizio di altri (Pomponio, D. 50, 17, 206, cfr. altresì D. 12, 6, 14 e D. 23, 3, 6, 2). Per affermare come anche il diritto legale debba essere «*secundum natura, quae norma legis est*» (Cicerone, *De leg.* 1, 5, 17). Ma è soprattutto per evidenziare un aspetto, diciamo così, metodologico che, a proposito della 'origine prudenziale' del diritto, il riferimento alla giurisprudenza romana è di cardinale importanza, anche nella temperie attuale della crisi del formalismo giuridico. L'argomentare del giurista romano non è mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva ma sempre da una procedura

<sup>16</sup> Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W. WALSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Cedam, Padova, 2002 e soprattutto U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Cedam, Padova, 2003.

<sup>17</sup> Sarà facile riconoscere qui il testo dall'Enchiridio di Pomponio (D. 1,2,2,6) dove si parla delle *Leges duodecim tabularum* da cui cominciò a fluire quel «diritto che nacque senza scrittura, composto dai giureconsulti, che non si chiama con qualche particolare denominazione come le altre parti sono indicate con propri nomi, date alle altre parti le loro peculiari denominazioni, ma si chiama con nome comune diritto civile».

dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti. Procedura dettata, prima che da un interesse operativo, da un autentico amore del sapere; non possiamo dimenticare il richiamo rivolto da Ulpiano ai giuristi affinché non dimentichino che la comunità li chiama sacerdoti della giustizia per molte ragioni, perché professano l'arte del buono e dell'equo, separano l'equo dall'iniquo, distinguono il lecito dall'illecito, mirano a rendere migliori gli uomini con il timore della pena ed anche con lo stimolo del premio, ma finalmente perché sono «*veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*» (D. 1, 1, 1, 1). Ed è proprio questa via, ad avere il coraggio di percorrerla compiutamente, che conduce il giurista a riconoscere che la ragione, derivata dalla natura delle cose e stimolante l'uomo ad agire in modo onesto, è legge. Legge

che non comincia già ad essere tale quando è scritta ma al momento in cui ha origine ed è nata insieme con la mente divina. Per la qual cosa – concludeva il giurista/filosofo – la vera e propria legge fondamentale è la retta ragione del sommo dio Giove che ha autorità di comandare e vietare (*De leg.*, II, 8).

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

### 3. LA STANZA DELLA TEODICEA

Da questo punto il mio, ammesso che non lo sia stato sinora, sarà solo un balbettio. E tuttavia è un bisogno profondo e urgente quello che mi spinge a dire che la filosofia del diritto mancherebbe al suo ruolo nella formazione del giurista se non aprisse il discorso, dopo aver affrontato quelli della legalità e della giustizia, al tema della giustificazione. Quello che desidero mettere subito in chiaro è che, nonostante ne usi il nome, non penso alla teodicea al modo della famosa trattazione di Leibniz, come «giustificazione di Dio» attraverso una «formula logico-matematica». <sup>18</sup> Non solo perché ritengo che il carattere convenzionale ed operativo della conoscenza matematica dovrebbe trattenere chi ne fosse criticamente consapevole da un simile tentativo ma perché, anche ad averne solo un'idea, Dio non ha bisogno di giustificazioni essendo Lui fonte di giustificazione. È Camus a dire che, una volta espulso Dio dall'universo è nata l'ideologia tedesca «nella quale l'azione non è più perfezionamento ma pura conquista, cioè tirannia»! <sup>19</sup> Penso alla *Sapienza* invocata da Salomone:

Essa protesse il padre del mondo, formato per primo da Dio, quando fu creato solo; poi lo liberò dalla sua caduta e gli diede la forza per dominare su tutte le cose. Ma un

<sup>18</sup> Si veda in proposito le acute pagine di Vittorio Mathieu su *Le vicende della Teodicea* poste ad introduzione del volume G. G. LEIBNIZ, *Teodicea*, a cura di V. Mathieu, Zanichelli ed., Bologna, 1973, pp. 3 ss.

<sup>19</sup> A. CAMUS, *L'homme révolté*, tr. it., Bompiani, Milano, 2005<sup>3</sup>, p. 327.

ingiusto, allontanandosi da essa nella sua collera, perì per il suo furore fraticida. A causa sua la terra fu sommersa, ma la sapienza di nuovo la salvò pilotando il giusto e per mezzo di un semplice legno.

E ancora

la sapienza liberò i suoi devoti dalle sofferenze', 'condusse per diritti sentieri il giusto in fuga dall'ira del fratello [...] gli diede la conoscenza delle cose sante; gli diede successo nelle sue fatiche e moltiplicò i frutti del suo lavoro [...] lo fece ricco; lo custodì dai nemici, lo protesse da chi lo insidiava, gli assegnò la vittoria in una lotta dura, perché sapesse che la pietà è più potente di tutto.

Penso all'invocazione:

E chi potrebbe domandarti: «Che hai fatto?»<sup>20</sup>, o chi potrebbe opporsi a una tua sentenza? Chi oserebbe accusarti per l'eliminazione di genti da te create? Chi si potrebbe costituire contro di te come difensore di uomini ingiusti? Non c'è Dio fuori di te, che abbia cura di tutte le cose [...] né un re né un tiranno potrebbe affrontarti in difesa di quelli che hai punito. Essendo giusto, governi tutto con giustizia. [...] La tua forza infatti è principio di giustizia; il tuo dominio universale ti rende indulgente con tutti (*Sap* 10 15).

Penso alla *Lettera ai Romani* di Paolo:

In virtù delle opere della legge nessun uomo sarà giustificato davanti a lui, perché per mezzo della legge si ha solo la conoscenza del peccato. Ora invece, indipendentemente dalla legge, si è manifestata la giustizia di Dio per mezzo della fede in Gesù Cristo, per tutti quelli che credono. E non c'è distinzione: tutti hanno peccato e sono privi della gloria di Dio, ma sono giustificati gratuitamente per la sua grazia, in virtù della redenzione realizzata da Cristo Gesù. [...] Togliamo dunque ogni valore alla legge mediante la fede? Nient'affatto, anzi confermiamo la legge' (*Rm* 3, 19-24 e 31).

Non posso negare d'aver subito la suggestione della massima di Ulpiano: «*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum noticia, iusti atque iniusti scientia*» (D. 1, 1, 10), la cui sequenza, non casuale, mette in luce in modo inequivocabile come il discernimento (*scientia*) del giusto dall'ingiusto, che nella concreta esperienza della vita si presentano sempre confusi come il grano e la zizzania, possa per autorità operarsi solo sulla base della reale co-

<sup>20</sup> Questa domanda tormenta l'uomo in rivolta di Albert Camus, le cui parole dovrebbero, tuttavia, essere lette per intero se se ne vuole intendere sino in fondo l'autentica tensione. «Per dire che la vita è assurda, bisogna che la coscienza viva» e ancora «Se era dunque legittimo tener conto della sensibilità assurda, fare la diagnosi di un male quale lo si trova in sé e negli altri, è impossibile vedere in questa sensibilità, e nel nichilismo che essa implica, nient'altro che un punto di partenza. Una critica vissuta, l'equivalente sul piano dell'esistenza, del dubbio sistematico. Dopo di che bisogna spezzare i giochi fissi dello specchio ed entrare nel moto irresistibile mediante il quale l'assurdo supera se stesso».

noscenza (*notitia*) delle cose umane e di quelle divine. Tuttavia, come sempre, è una considerazione elementare, tratta dall'esperienza giuridica, quella che mi spinge su questa, non semplice, via.

Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati. Non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati alla dottrina dello Stato dalla teologia, come ad esempio il Dio onnipotente che è divenuto l'onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica, la cui conoscenza è necessaria per una considerazione sociologica di questi concetti.<sup>21</sup>

L'affermazione di Carl Schmitt è perentoria ma non peregrina, se si considera che già Leibnitz, nella *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, del 1667, affermava di avere trasferito il modello della ripartizione dell'opera «dalla teologia al diritto poiché – testualmente – l'analogia delle due discipline è straordinaria». Ma anche se si considera che una puntuale esposizione delle analogie di questo tipo si trova nella gius-filosofia della controrivoluzione, nelle opere di de Bonald, De Maistre e Donoso Cortés, e che Max Weber, riconoscendo al diritto della Chiesa romana d'aver creato «come nessun altro diritto sacro un canone razionale», affermava come incontestabile «il fatto che il diritto canonico sia divenuto per il diritto profano – noi oggi diremmo laico – addirittura una delle guide sulle vie della razionalità».

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

<sup>21</sup> C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, citato da IDEM, *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 61. Nonché cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jedere Politische Theologie*, tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1992.

mi sono venuti dalla lettura del libro di Carlos J. Errázuriz M. su *Il diritto e la giustizia nella chiesa*, per una teoria fondamentale del diritto canonico.<sup>22</sup>

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

Sull'*advocatus*. Che cosa chiedono i litiganti al giurista chiamato, *advocatus* appunto, in aiuto? Non la complicità nel conflitto per il dominio, ché più conveniente sarebbe rivolgersi a un bandito, allo scopo di lui certo meglio attrezzato, ma il sostegno nel riconoscimento di un diritto. In realtà al giurista si chiede di 'trasformare' il conflitto, sorto per la pretesa di dominio su di una cosa, in controversia ossia nel confronto dialettico delle ragioni che suffragano la richiesta di riconoscimento del diritto di una persona. Causa del conflitto il dominio; causa della controversia il riconoscimento. Oggetto del conflitto la cosa; oggetto della controversia il diritto della persona. In questo frangente la prudenza del giurista è chiamata ad operare, con intelligente avvertenza per la natura della cosa in questione quale solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da se stessi, una disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza consente, come si legge nel passo famoso della *Metafisica* di Aristotele: «La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare» (*Metaph.*, A., 984 a.). Ma anche con determinata volontà di ristabilire la relazione tra le persone questionanti. E a questo fine opera dialetticamente poiché la pretesa di ciascuno al suo diritto si configura e può essere sostenuta come domanda d'essere rispettato in ciò che lo diversifica personalmente dagli altri sulla base della disposizione con gli altri comune all'ordine per la quale è proprio dell'essere uomo riconoscere a ciascuno quello che gli spetta, ossia il suo diritto. Ora risulta chiaro che tutto questo è possibile solo a condizione che l'opera dell'*advocatus* sia sorretta da una precisa disposizione alla tutela della relazione intersoggettiva, l'autentico bene da proteggere, e sia impegnata a condurre il litigante ad una vera e propria *metánoia* personale. Ora alcune considerazioni sulla *metánoia*<sup>23</sup> del teologo Joseph Ratzinger, da *Theologischer Prinzipienlehre. Bausteine*

<sup>22</sup> Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>23</sup> Del termine *metánoia* il vocabolario dà una serie di traduzioni assai diverse, sovvertimento di pensiero, cambiamento di senso, rivolgimento di vita, pentimento ecc. Quella di 'conversione' sembra tuttavia la più congrua e comunque la più conveniente per la radicalità che è capace di veicolare. Tale radicalità risulta ancor più accentuata nell'accezione cristiana del termine come s'intende solo che si mettano a confronto il pentimento con la conversione: il primo, d'impronta tipicamente greca, può riguardare infatti un singolo atto del pensare, del sentire o del volere mentre la seconda, d'impronta tipicamente cristiana, riguarda la vita nella sua interezza ed implica un rinnovamento fino nella profondità dell'essere. Volen-

*zur Fundamentaltheologie*, mi hanno suggerito una riflessione più approfondita per superare quanto di formalistico potrebbe rimanere nel concetto di 'trasformare' il conflitto in controversia, stante che non si tratta di in una semplice metamorfosi ma di un radicale rinnovamento. Quali suggestioni ho creduto di poter trarre dal termine cristiano di *metánoia* relativamente all'opera del giurista di fronte alla lite per il cui superamento egli è stato professionalmente *advocatus*? La prima è suggerita dall'idea di cambiamento di cui la *metánoia* cristiana è carica. La conversione, infatti, designa un movimento mediante il quale l'uomo si stacca dal proprio Io per poter accedere alla comunione con Dio, un movimento di rottura radicale per il quale sono necessari un coraggio ed una determinazione affatto particolari poiché il soggetto si trova a dover fare i conti, per così dire, con due forze di gravitazione, quella dell'interesse particolare, dell'egoismo individuale, e quella del bene in generale, della Verità e dell'Amore, e deve decidere di sottrarsi all'attrazione della prima per lasciarsi prendere totalmente dalla seconda. Ora, *mutatis mutandis*, nell'esperienza giuridica della controversia la situazione presenta delle singolari e suggestive analogie poiché chi vi accede, o come attore o come convenuto, uso i termini in senso lato e quindi atecnica-mente, è inevitabilmente chiamato a confrontare le proprie ragioni, di parte, con le ragioni altrui, anch'esse di parte, nella prospettiva di attingere, da un confronto correttamente condotto secondo le regole dell'arte dialettica, la verità che è e non potrebbe non essere comune alle parti senza essere esclusiva di nessuna di esse. Tutto questo implica per chi accede alla controversia giuridica il coraggio di rompere con la particolarità della propria opinione per riconoscersi nella comunanza del vero; implica il coraggio di sottrarsi alla forza di gravitazione dell'egocentrismo individuale per lasciarsi attrarre dalla forza di gravitazione del bene comune. In altri termini implica una vera e propria conversione.

Una seconda suggestione deriva dal fatto che tale disposizione al cambiamento non ha nulla a che fare con la mancanza di orientamento propria, ad esempio, di una banderuola che cambia di direzione col mutare del vento né con l'indecisione nell'esistenza o l'influenzabilità occasionale che lasciano l'uomo soggetto all'ondeggiamento in qualsiasi direzione. Sulla irrever-

do approfondire il ragionamento bisognerebbe riflettere sul termine greco di *epistrophé*, usato specificamente per conversione, che designa il movimento circolare ossia, come osserva anche Platone, il movimento perfetto appartenente agli dei, al cielo e alla terra. Il circolo, infatti, segna il ritorno dell'esistenza su se stessa. Lo stoicismo e il neoplatonismo, faranno della *epistrophé*, del ritorno all'unità del reale, il principale postulato morale, donde l'idea che l'uomo per poter ritrovare se stesso abbia bisogno del movimento globale di rivolgimento e quindi debba convertirsi, per ricondurre la sua vita dalla dissipazione nell'esteriorità al raccoglimento nell'interiorità. E tanto basta per intendere come in realtà i Padri della Chiesa abbiano potuto avvicinare l'*epistrophé* della filosofia classica alla *metánoia* della fede.

sibilità dell'impegno fondamentale del cristiano a convertirsi la *Lettera agli Ebrei* ha parole che possono sembrare inquietanti ma che sono in realtà illuminanti. Se si è imboccata la vera direzione, la direzione della verità, quella rimane il tracciato ed indica il cammino, rimane la meta e imprime il movimento. Ora, *mutatis mutandis*, nell'esperienza giuridica della controversia la situazione presenta delle singolari e suggestive analogie: il confronto delle pretese di parte, infatti, avviene sulla base della loro ragionevolezza ossia della riconoscibilità in comune della direzione che conduce al vero e al bene, dalla quale non è più possibile discostarsi una volta adita la via del processo. La contraddizione non vi ha più spazio. Scoperta risulta la centralità che a questo scopo assume nel dibattito il giudice il quale, non essendo latore di una pretesa di parte, è chiamato a garantire la più distesa apertura ad ogni prospettiva di parte in quanto tuttavia concorrente al riconoscimento del vero. Incontraddittoriamente. Solo la fedeltà al vero, che non si presenta come possesso di un dato assodato ma come tracciato di una ricerca impregiudicata, rende possibile la conversione dei soggetti confliggenti nella lite, tanto che saremmo tentati di affermare come primario impegno del giudice quello di garantire il confronto più aperto e impregiudicato possibile delle ragioni di parte assai più della stessa imparzialità nel giudizio sul quale inevitabilmente finiscono per poter incidere le inclinazioni soggettive. Ma, a ben riflettere, non meno rilevante per l'attuarsi di questo processo è l'impegno dell'avvocato di parte. La conversione, infatti, è, e non potrebbe essere se non personale e interiore. È il soggetto litigante che solo può superare autenticamente la lite; è lui che deve rompere con le pulsioni individuali, egocentriche e bellicose, per lasciarsi trasformare dall'impronta del bene comune che lo allontanerà da esse, così ristabilendo la relazione con l'altro dal conflitto interrotta sulla base di un bene che è di tutti senza essere di alcuno in esclusiva. Ora questo mutamento richiede coraggio personale e interiore ma ha bisogno d'essere sostenuto comunitariamente e per questo a chi adisce la via del processo è tassativamente garantita l'assistenza di un giurista di professione. Un *parákletos* diremmo in greco, che significa insieme il chiamato in aiuto, l'*advocatus* latino, ma anche l'intercessore e il consolatore. Tutto questo non dovrebbe essere dimenticato da chi è chiamato ad esercitare la funzione di accusatore o di difensore nel caso concreto di un processo. Quanto alla terza suggestione che il riferimento alla *metánoia* mi ha provocato, forse la più penetrante, oggi non saprei dire se non che mi è parso come di intravedere nell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, allo stesso modo peraltro dell'ordinamento economico degli interessi e all'ordinamento politico delle dignità, un momento del processo di purificazione personale a cui l'uomo è chiamato per la sua natura intessuta di essere animale e divino, naturale e sovrannaturale. Ma non sono per ora in grado di aggiungere altro.

Sul *iuratus*. Cicerone nel *De officiis* fa memoria di un 'costume tramandato - dice - dai nostri padri (oh, se noi lo conservassimo ancora), di pregare il giudice con questa formula: «Fa per me tutto quello che puoi, purché sia salva la tua coscienza» (*De officiis*, 3, 10, 45). Alla coscienza anche oggi si appella chi è chiamato a giudicare ma a quale condizione la sua coscienza sarà salva? La *iuris prudentia* ha una risposta che anche oggi non può non risultare incontrovertibile. «Quando il giurato dovrà pronunciare sentenza si ricordi che adopera Dio come testimone, cioè - come io ritengo - la sua coscienza, della quale Dio stesso all'uomo nulla di più divino ha dato» (*De officiis*, 3,10,44). Una lapidaria citazione del teologo Romano Guardini mi soccorre a questo punto:

Coscienza è, anzitutto, quell'organo per mezzo del quale io rispondo al bene e divento consapevole di questo: «Il bene esiste; ha un'importanza assoluta; il fine ultimo della mia esistenza è legato ad esso; il bene bisogna farlo; in questo fare si decide una realtà ultima». La coscienza però è anche l'organo mediante il quale dalla situazione ricavo il chiarimento e la specificazione del bene; mediante il quale posso conoscere che cosa sia il bene in questo determinato luogo e in questo determinato momento. L'atto della coscienza è dunque quell'atto col quale penetro di volta in volta la situazione e intendo che cosa sia, in tale situazione, il giusto e perciò stesso il bene. Così la coscienza è anche la porta per la quale l'eterno entra nel tempo.<sup>24</sup>

Sarebbe superfluo ricordare come coscienza e prudenza valgano quali sinonimi.<sup>25</sup> La formula '*ex animi mei sententia*', con la quale il giudice romano, che era come tutti ricordano un privato cittadino, ma in fondo con cui ogni giudice, anche il funzionario pubblico d'oggi, introduce e sostiene il suo giudizio, significa collocare l'azione del *iuratus* sotto il presidio della coscienza del bene e del sommo Bene. Significa, per usare un'espressione straordinaria dell'Antico testamento (*Gdc* 18,6), «camminare sotto gli sguardi Dio».

«*Non nobis, Domine, non nobis*». Inciso sulla facciata del Palazzo Loredan in Canal Grande, ancor oggi l'incipit del Terzo Salmo dell'Hallel (*Salmo* 113

<sup>24</sup> R. GUARDINI, *Das Gute, das Gewissen und die Sammlung* (1933), tr. it. *La coscienza*, Morcelliana ed., Brescia 2001<sup>3</sup>, p. 25.

<sup>25</sup> Riflettendo sulla particolare conformazione della prudenza, sui suoi 'due volti', Pieper opportunamente avverte che tali affermazioni «risulterebbero più chiare e significative se la parola *prudenza* ci richiamasse ogni volta alla memoria che, in un certo senso, al suo posto si potrebbe anche dire *coscienza*» (J. PIEPER, *Traktat über die Klugheit*, tr. it. di G. Pezzato, Morcelliana ed., Brescia, 1999, p. 33). In tal senso va ricordato come nella prospettiva scolastica quella che viene abitualmente chiamata 'la coscienza' è «l'unità vivente di sinderesi e di prudenza», l'una, la sinderesi, vertente sulla conoscenza dei principi universali del bene e del male, l'altra, la prudenza, vertente sulla scelta dei mezzi per giungere ai fini ultimi della vita umana. «La conscience droite et certaine n'est autre qu'un acte de la prudence, qui conseille, qui juge pratiquement et qui commande», scrive Garrigou-Lagrange (R. GARRIGOU-LAGRANGE, *Du caractère métaphysique de la théologie moral de Saint Thomas*, «Revue Thomiste», VIII 1925, p. 345, citato da J. PIEPER, *Traktat über die Klugheit*, cit., p. 354).

b ), ci ricorda di quanto forte sia stato il 'timor di Dio' nei governanti della Repubblica di San Marco, dalla cui terra vengo, che 'serenissima' non ha mai temuto gli eventi umani essendosi in ultima istanza affidata sempre al Redentore. Ma ammonisce anche i giuristi di ogni terra, affinché riflettano sul timore degli uomini che, 'una volta preteso di fare a meno del timor di Dio, è il principio d'ogni follia' ché, come dice il Papa Benedetto, «a bandire Dio dalla città si finisce per bandire la giustizia e anche il diritto». <sup>26</sup>

Quanto alla legge, credo che non sarebbe inutile per il giurista riflettere sulla sua 'storia enigmatica', tra il Vecchio e il Nuovo Testamento. E mi spiego. Nel processo di trasformazione del conflitto in controversia il giurista interviene con la sua specifica professionalità traducendo, appunto, in termini giuridici le ragioni, che possono essere di diversa natura, economiche, sociali, psicologiche, ecc., sottostanti alla pretesa di dominio del litigante. Ora è scoperto il ruolo che in questo processo di definizione del giusto nella controversia esercita il complesso delle disposizioni normative istituzionali che potrebbe essere paragonato al ruolo che esercita il linguaggio nel processo di definizione del vero nel discorso. Più esattamente l'assertorietà del linguaggio come del disposto normativo con la sua resistenza alla problematicità del discorrere e del controvertere non è un'accidentalità storica, propria del resto di ogni discorso come di ogni controversia, ma è la stessa determinazione dell'atto problematico intrinseco al controvertere e al discorrere. Sicché senza l'assertorietà implicita nel linguaggio come nella disposizione normativa la leva della problematicità avrebbe un'efficacia puramente illusoria e per noi, mortali, sarebbe vano cercare di discernere il vero dal falso, il giusto dall'ingiusto. In questo modo si pone il problema della naturale positività del diritto, di cui un tema particolarmente significativo è quello del rapporto tra la lettera e lo spirito delle leggi. <sup>27</sup>

Un errore, che non esiterei a definire grossolano e tuttavia presente in molte anche raffinate trattazioni sulla legge, consiste nell'identificare immediatamente l'ordine con 'il testo preciso della legge'. Uso questa formula che il Montesquieu ha coniato per definire l'opera del giudice senza temere di distorcerla, considerato che nella prospettiva geometrica la sentenza del giudice è equiparata alla legge, anzi. È da considerarsi l'unica, vera, legge del caso particolare. L'errore grossolano è quello di ritenere che l'applicazione formale del disposto normativo, ossia dell'imperativo veicolato dalla legge, al caso abbia automaticamente l'effetto di risolverlo, Ché, se anche così dovesse essere, cosa peraltro che non è, sarebbe un sovrapporsi della volontà pubblica sulle volontà private dei litiganti con un definitivo e irreversibile

<sup>26</sup> Dalla «Internationale katholische Zeitschrift Communio», xvi (1987), p. 265.

<sup>27</sup> Cfr. il mio *Su linguaggio e diritto*, secondo codicillo di *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., pp. 121 ss.

troncamento della relazione intersoggettiva e la sostituzione di questa con una subordinazione ma sarebbe meglio dire un assorbimento delle volontà private dei sudditi in quella pubblica del sovrano. A questo errore se ne aggiunge spesso un altro, altrettanto grossolano, di natura filologica. Quando parla di legge, più d'un teorico del diritto, credente ma più spesso non, dà l'impressione di pensare come ad un prototipo di legislazione alla Legge che Mosé portò giù dal Monte Sinai, incisa sulla due tavole della Testimonianza (*Es* 30, 15), per intendersi le tavole dei dieci comandamenti. Il testo che ce ne dà notizia precisa trattarsi di «tavole di pietra scritte dal dito di Dio» (*Es* 31, 18) e ancora: «le tavole erano opera di Dio, la scrittura era scrittura di Dio, scolpita sulle tavole» (*Es* 32, 16). Si creda o non si creda alla Sacra Scrittura, che essendo rivelata non è e non pretende di essere dimostrata, quello che non si può fare è stabilire, immediatamente, un parallelo tra quella Legge e la legge prodotta, posta, dall'uomo, di cui si conosce perfettamente 'il dito' che l'ha scritta, e non è il dito di Dio ma quello di un uomo o di un gruppo di uomini, in circostanze storicamente determinate, dal punto di vista culturale e sociale, politico ed economico, tanto che abitualmente ogni legge si identifica con una data, quella della promulgazione, e con un numero, quello progressivo dell'inventario della legislazione, e talvolta persino con un nome proprio, quello del proponente nella fase iniziale della sua elaborazione parlamentare. Di più, essa, la legge di cui si servono i giuristi, per la sua convenzionalità, per la sua natura strumentale, esige d'essere collocata nella prospettiva operativa nella quale trova la sua ragion d'essere, nell'ordinamento della lite mediante l'instaurazione della controversia. In altri termini, la legge non è l'ordine e neppure la fonte dell'ordine ma uno strumento utile ad individuare le modalità dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive a muovere dal caso e, specificamente, è lo strumento principale per la traduzione del conflitto in controversia. In tal senso si potrebbe formulare un paragone tra la legge e il concetto, un parallelo, ardito ma non temerario, per cui potremmo dire che come il concetto costituisce un principio regolatore della conoscenza, nel senso che mediante il concetto, o meglio la rete dei concetti, in cui si unificano le esperienze precedenti ci si apre ad esperienze nuove, così la legge esercita la funzione di modello per l'azione, nel senso che si trova nella legge, o meglio nella rete delle leggi in cui sono raccolti i tratti qualificanti di una relazione, l'indicazione utile per disporsi concretamente ad una relazione nuova con gli altri, nel caso della lite, superando le lacerazioni prodotte dal conflitto. Ora tutto questo risulterebbe più chiaro e convincente solo che si considerasse sommariamente la 'storia enigmatica', della Legge di Mosé, tra il Vecchio e il Nuovo Testamento. Romano Guardini offre lo spunto per una riflessione folgorante.

La Legge doveva impossessarsi del popolo a favore di Dio, attraverso ogni comandamento Dio voleva porre la mano su di esso – in verità però fu il popolo a prendere in

possemo la Legge a proprio favore e a farne l'ossatura della propria esistenza. Dalla Legge trasse una pretesa di grandezza e dominio nel mondo, e incorporò Dio con la sua promessa in questa pretesa. Continuamente la volontà di imporre la Legge da parte dei sacerdoti e degli scribi si oppose alla libertà di Dio.<sup>28</sup>

A questo si aggiunse l'ipocrisia di una coscienziosità altamente sviluppata all'esterno mentre all'interno il cuore diventava sempre più duro; all'esterno fedeltà alla Legge, all'interno peccato.

In questo si è compiuto uno spaventoso stravolgimento del divino – quanto sia orribile, può emergere dalla sola frase che i farisei opposero al giudice supremo, il procuratore romano Pilato, quando questi, per sentimento naturale del diritto, dichiarò che non trovava alcuna colpa nell'accusato: «Noi abbiamo una Legge, e secondo questa Legge egli deve morire» (Gv 19, 6-7). La Legge data da Dio è stata così infernalmente stravolta, che secondo essa il Figlio di Dio dovette morire!<sup>29</sup>

Se questa è l'infelice sorte della Legge mosaica, non si deve, tuttavia, credere che al pericolo di questo stravolgimento non sia esposta ogni legge. Il teologo è particolarmente puntuale nel denunciare che

non appena sussistono una gerarchia degli uffici e delle facoltà, della tradizione e del diritto, sorge il pericolo di vedere il regno di Dio già nell'autorità e nell'obbedienza stessa. Non appena sono fissate norme nell'ambito del sacro e si pongono separazioni tra diritto e non-diritto, sorge il pericolo di appoggiarsi su tale impostazione per mettere le mani alla libertà di Dio e per imprigionare nel diritto ciò che viene solo dalla sua grazia.<sup>30</sup>

Tutto questo conduce a dire che, se non interviene una concezione laica della giuridicità

dappertutto là dove nell'ambito della verità santa viene pronunciato un deciso 'sì' e 'no', dove vigono forma oggettiva del culto, ordine e autorità, sorge anche il rischio della 'Legge' e del 'fariseo'. Il pericolo di prendere l'esterno per l'interiore; il pericolo della contraddizione tra l'orientamento intenzionale e la parola; il pericolo di muovere da ciò che è in vigore ed è di diritto per mettere le mani sulla libertà di Dio.<sup>31</sup> [...] La storia della Legge – conclude Guardini – è un grande monito. Il sacro,

<sup>28</sup> R. GUARDINI, *Der Herr. Betrachtungen über die Person und das Leben Jesu Christi* (1937), tr. it. di G. Canobbio, Morcelliana, Brescia, 2005, p. 225.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 226.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 227.

<sup>31</sup> Scrive Joseph Ratzinger: «Se si può dire da un lato in forma accentuata che la chiesa è la comunità in quanto comunione sotto la presidenza del vescovo di Roma, il quale detiene l'ufficio di primo testimone istituito dal Signore, che essa come tale è visibile ed unica, dotata di confini chiaramente delineabili, da un altro lato, la teologia cattolica deve anche dire con molta più chiarezza che non finora che con la effettiva presenza della parola al di fuori dei suoi confini c'è anche la 'chiesa' in una qualche forma, e che i confini dell'azione dello Spirito santo non si identificano con quelli della chiesa visibile. Da un lato, lo Spirito, la grazia, alla cui piena signoria è ordinata la chiesa, può infatti mancare anche a uomini che vivono nella

che veniva da Dio, è stato reso uno strumento di perdizione. Quando Rivelazione espressa, ordinamento positivo dell'esistenza derivanti da Dio sono oggetto di fede, si instaura di nuovo questa possibilità. È bene per il credente saperlo – conclude il teologo – affinché nel Secondo Patto egli rimanga garantito di fronte al destino del Primo.<sup>32</sup>

E quanto bene sarebbe che lo sapesse anche il giurista, credente o non, lo possiamo misurare oggi riflettendo sul formalismo che ne compromette la fatica nell'attuazione della legge scritta dal dito dell'uomo esponendolo, sempre più pericolosamente, al baratro del nichilismo.<sup>33</sup> Immergendosi nel mistero della Legge, data da Dio a Mosé quale segno dell'Alleanza, «Voi sarete per me la proprietà tra tutti i popoli, perché mia è tutta la terra! Voi sarete per me un regno di sacerdoti e una nazione santa» (*Es* 19, 5-6), senza improponibili paragoni ma con più credibile fondamento, i giuristi, «*cuius merito quis [...] sacerdotes appellet*» (*D.* 1, 1, 1), potranno rispondere alla domanda che loro rivolgono gli uomini di mettere ordine nelle loro relazioni, rappresentando il suo di ciascuno.

chiesa; da un altro lato, può invece agire efficacemente in uomini che vivono al di fuori della chiesa. Sarebbe pazzesco e falso, come disse giustamente Congar (*Vraie et fauste reforme dans l'église*, Paris, 1950, p. 482), identificare semplicemente l'opera dello Spirito santo con il lavoro dell'apparato ecclesiastico» (J. RATZINGER, *Das neue Volk Gottes. Entwürfe zur Ecclesiology*, Queriniana, Brescia, 1992<sup>2</sup>, p. 131).

<sup>32</sup> R. GUARDINI, *Der Herr*, cit., p. 226.

<sup>33</sup> «Il formalismo è fraterno al nichilismo, insieme fattore determinante e conseguenza ineluttabile – ammonisce Irti – il nulla, che s'insedia nel diritto e ne attraversa le forme, è proprio nell'assenza di presupposti immutabili. Qui non c'è luogo a soluzioni transattive o eclettismi consolatori, ma duro e schietto *aut-aut*: o la radicale *immanenza* nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'*uscita verso l'alto*, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle 'cose'. Il dovere di sincerità incombe anche sui critici del nichilismo» (N. IRTI, *In dialogo su Nichilismo giuridico*, cit., pp. 179-180).