

Prudentia iuris.

(Utrum sit..) Possiamo, oggi, considerare la *iuris prudentia* tra le fonti dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive? Tale è la quaestio che viene posta all'inizio del convegno di studio su "Momento prudenziale e atto amministrativo singolare canonico" a. Ad essa cercherò di dare, sommariamente, una risposta in termini giuridico-filosofici, precisando sin dall'inizio che della metafora mi servo al modo di Cicerone[1] piuttosto che a quello di Livio[2]. Consapevole della ambiguità dell'immagine[3] ma anche della contraddizione in cui incorrono quanti, dopo avere per ragioni ideologiche escluso di potervi fare ricorso, la usano disinvoltamente[4].

A. (Videtur..) Sembra, stando al dettato della moderna "geometria legale"[5], che la *iuris prudentia* non possa trovare spazio nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive.

1. "Auctoritas non veritas facit legem"[6]. Sin dalle prime formulazioni hobbesiane del volontarismo giuridico, risulta come dato assodato "che non è la verità, ma il potere a creare la legge" poiché, sostiene il *Philosopher* replicando al *Lawyer* che aveva perentoriamente affermato essere la "ratio anima legis", sulla base della ragione "a chiunque sarebbe lecito proclamare contraria alla ragione qualsiasi legge, e cogliere così il pretesto per non obbedire"[7]. Va ricordato che, sul presupposto, convenzionalmente assunto, dello stato di natura, Hobbes sostiene "che bene e male sono nomi, imposti alle cose da coloro che attribuendoli vogliono esprimere la loro simpatia o la loro avversione" e che, "per la diversità dei temperamenti, delle abitudini, delle opinioni, le inclinazioni degli uomini sono diverse (..), sicché quel che uno loda, cioè chiama buono, l'altro biasima come cattivo, ché, anzi, soventissimo una stessa persona in occasioni diverse loda e biasima la stessa cosa. Donde sorgono discordie e contese e lo stato di guerra perdura tutto il tempo che, per la diversità delle ragioni individuali, bene e male si misurano con diverso metro"[8]. Conclusione in ordine all'esperienza giuridica: non la *iuris prudentia*, "o saggezza di giudici disordinati", ossia l'opinione ondivaga di funzionari patentati, ma la ragione dello stato, che è un tutt'uno col pubblico imperio, fa la legge ed esclusivamente questa, la legge, per il potere del sovrano, è in grado di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive[9].

2. Anche nella versione rousseauiana della geometria legale, si proclama tassativamente che solo alla legge gli uomini debbono "giustizia e libertà". Avendo assunto che quello di assicurare i beni, la vita e la libertà di ciascuno mediante la protezione di tutti costituisca il motivo per il quale gli uomini, assemblati dai loro reciproci bisogni, si sono più strettamente uniti nello stato civile, Rousseau si chiede come sia possibile costringerli a difendere la libertà di uno di essi senza attentare a quella degli altri e come sia possibile provvedere ai bisogni pubblici senza alterare la proprietà particolare di ciascuno di quelli che si costringono a contribuirvi. "Se la mia volontà può subir costrizione, io non sono più libero e se altri può manomettere i miei beni, io non ne sono più il padrone"[10]. Ora, questa difficoltà, che doveva sembrare insormontabile, afferma il Ginevrino, è stata tolta di mezzo dalla "più sublime delle istituzioni umane, o piuttosto da un'ispirazione celeste, che insegnò all'uomo a imitare quaggiù i decreti immutabili della divinità"[11]: la legge. "E' questo salutare organo della volontà di tutti che ristabilisce nel diritto l'uguaglianza naturale tra gli uomini. E' questa voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica, e gli insegna a modellare la propria condotta sui principi dettati dal suo proprio giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso. Ed è solo questa voce che i capi devono far parlare quando comandano; perché appena un uomo pretende di sottomettere un altro alla sua privata volontà, indipendentemente dalle leggi, esce all'istante dallo stato civile per collocarsi di fronte all'altro nel puro stato di natura, in cui l'obbedienza non è mai prescritta se non dalla necessità"[12].

3. Poiché espressioni come "ragione dello stato" o "ragione pubblica" avrebbero potuto ingenerare, ideologicamente, degli equivoci, Hans Kelsen nella sua teoria pura del diritto, la più radicale e coerente canonizzazione della moderna geometria legale, affronta "l'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo" e, spregiudicatamente, conclude affermando che "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 Gorgone del potere"[13]. Non poteva essere affermata in maniera più chiara l'espunzione dall'orizzonte giuridico della *prudentia*, essendo il campo occupato esclusivamente dal potere. Tanto che, portando l'argomento alle estreme conseguenze, vi sarà chi, come Giovanni Tarello ad esempio, concluderà sostenendo che alla "prudenza" del giurista non sarebbe toccato altro che il compito di sostenere ideologicamente il dettato del potere effettivo[14].

B. (Sed contra ..) Tuttavia anche la "geometria legale" o, come per lo più si dice, il positivismo giuridico sono costretti in proposito a scendere a qualche compromesso. Su questo dobbiamo riflettere, anche senza addentrarci nel campo

aperto della "scienza della legislazione", che peraltro in Italia, come ha scritto opportunamente Alessandro Giuliani, è stata caratterizzata sempre, sin dal tempo di Giambattista Vico, dal modello del "legislatore ragionevole"[15].

1. Senza sconfessare la tesi fondamentale circa il primato della volontà nel diritto "il positivismo giuridico ha per parecchio tempo sottoscritto come propria la teoria della coerenza e, ancor più, quella della completezza dell'ordinamento - nota Giacomo Gavazzi, forse il più lucido e insieme autenticamente critico esponente della scuola di Bobbio - Ora sia quello della completezza sia quello della coerenza sono ideali tipicamente razionalistici. Di un modesto razionalismo, certamente formale la coerenza; per dirla rudemente: 'il legislatore può comandare tutto quello che vuole, ma non deve contraddirsi. Più invasiva, ma altrettanto formale la completezza; anche qui, per dirla in sintesi: 'se il legislatore ha comandato certe cose, i suoi comandi valgono anche per le cose simili'. Su tale strada bisognava e, ancora si può, andar avanti per cercare di vedere un po' chiaro nel problema del diritto razionale o come altro lo si voglia chiamare"[16]. In altri termini, si tratta di riconoscere il "pedaggio" che la volontà del legislatore deve, o dovrebbe, pagare alla ragione per potersi dire autenticamente capace di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive. Gavazzi ritiene che un modo per risolvere il problema possa essere quello della "motivazione delle leggi", analogamente alla motivazione di una sentenza o di un provvedimento amministrativo, cioè con "un discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione, come esposizione delle ragioni (vere o false, buone o cattive, congrue o incongrue, non importa) che vengono o possono venire portate a giustificare la prescrizione"[17].

2. Tra i "compromessi" cui deve scendere la geometria legale, a proposito del pedaggio che la volontà deve, o dovrebbe, pagare alla ragione per potersi dire autenticamente capace d'ordinamento, quello dell'interpretazione è il più appariscente. Se, infatti, il diritto ha da essere applicato, è necessario accertare il senso delle norme da applicare ossia bisogna interpretarle e questo implica inevitabilmente un "procedimento intellettuale" di natura conoscitiva incidente in modo significativo sul "processo dell'applicazione del diritto nel progressivo passaggio da un piano superiore ad un piano inferiore (...) come per esempio fra costituzione e legge o fra legge e sentenza"[18]. Ora, anche in una prospettiva geometrica dell'ordinamento, a causa dell'intenzionale o involontaria indeterminatezza della prescrizione normativa, "l'interpretazione di una legge non deve necessariamente condurre ad un'unica decisione da ritenersi la sola esatta bensì deve condurre, possibilmente, a più conclusioni nota sempre Hans Kelsen - tutte aventi egual valore, nella misura in cui le si raffronta soltanto alla legge da applicare, anche se soltanto una di esse si trasforma poi in diritto positivo, mediante l'atto dell'organo che applica il diritto, e particolarmente del tribunale"[19]. Si pone, tuttavia, così al centro del discorso il problema della ragione che induce l'organo che applica il diritto a scegliere una delle più conclusioni possibili, tutte aventi egual valore in rapporto alla legge da applicare ma una sola valida in rapporto all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive cui si applica.

3. Derubricare la ragione della scelta come politica, ma in realtà sarebbe più corretto dire ideologica, e non giuridicamente rilevante, come finisce per fare anche la teoria pura del diritto, significa eludere pilatescamente il problema, senza risolverlo non avendolo potuto evitare. Perché, se è vero che "nell'applicazione della legge da parte di un organo giuridico l'interpretazione teorica del diritto da applicare si collega con un atto di volontà", è altresì incontestabile che tale atto di volontà poggia e si regge, in quanto motivato, sulla "scelta fra le possibilità rivelate dall'interpretazione teorica"[20]. E questa scelta, se non la si vuole lasciar affondare nel vuoto dell'irrazionale, su di una qualche ragione deve pure basarsi.

C. (Respondeo dicendum) Rispondo, quindi, che nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive, che costituisce il nucleo dell'esperienza giuridica, l'applicazione razionale ha un ruolo cardinale, anche in un mondo qual è il nostro in cui a risolvere i conflitti si opina che basti la decisione volontaria del Sovrano. E su questo bisogna riflettere, tanto più oggi che "la legge ordinaria è visibilmente in crisi per la sua incapacità a ordinare giuridicamente la società-civile e soprattutto a governare il mutamento socio-economico che stiamo vivendo e ancor più vivremo domani"[21], come nota con straordinaria lucidità lo storico del diritto Paolo Grossi in una dura critica delle mitologie giuridiche della modernità.

Di fronte alla constatazione di un dato storico incontestabile, parte minoritaria ma non secondaria della cultura giuridica contemporanea ha reagito cercando di recuperare quella che con Wieacker potremmo chiamare l'*aussergesetzliche Rechtsordnung*[22]. Nell'ambito del diritto civile e in quello del diritto costituzionale, nell'ambito del diritto del lavoro specialmente del diritto sindacale e, anche se in misura minore, in quello del diritto penale si è così manifestata un'attenzione tutta particolare per la struttura argomentativa del diritto[23], che ha posto al centro dell'esperienza giuridica il processo[24], sondando la natura della controversia e il ruolo della prova[25], esaltando la funzione del giudizio[26]. Slancio, talvolta anche polemico, hanno assunto gli studi di ermeneutica giuridica[27] e di metodologia giuridica[28], sui quali tuttavia subito è apparso gravare una pesante ipoteca relativistica: sugli uni, quelli di ermeneutica, l'ipoteca del "pensiero debole"[29], sugli altri, quelli di metodologia giuridica, ad eccezione di pochi[30] tra i quali si segnala l'opera monumentale di Juan B. Vallet de Goytisolo[31], l'ipoteca di una pericolosa "deriva retorica" che al limite è giunta ad assumere degli aspetti sconcertanti per non dire mistificatori[32]. Forse per un motivo di fondo elementare.

Questi studi, infatti, si sono posti per lo più come tentativi di razionalizzazione estrinseca piuttosto che come ricerca originaria della ragione intrinseca alla volontà ordinatrice. Un dato sorprende, tuttavia, a considerarli globalmente: la poca attenzione, ma meglio sarebbe dire la disattenzione, per la prudentia in sé che alla prudentia iuris sta, e non può non stare, come il genus alla species. Si potrebbe osservare che della cosa non vi sia da stupirsi poiché, come mi ha fatto acutamente notare il collega Domenico Furlan, anche negli studi di diritto romano è uso fare poco o nessun pregio della definizione di iuris prudentia che danno le fonti antiche[33]. E, d'altra parte, addirittura negli studi teologici a un certo momento si è lamentata una sorta di "soppressione del trattato sulla prudenza"[34]! In realtà, come ha scritto con straordinaria profondità psicologica Josef Pieper, "per l'intelletto dell'uomo d'oggi il concetto di bene esclude quello di prudente più che non lo includa. Per lui non v'è alcuna azione buona che non potrebbe essere imprudente, e nessuna cattiva che non potrebbe essere prudente: bugia e viltà le chiamerà abbastanza spesso prudenza; veracità e dedizione di se stesso le chiamerà ugualmente spesso imprudenza"[35].

Che si radichi qui, nell'oblio di questa virtù cardinale, la crisi odierna del giuridico? Del legislativo ma anche del giurisprudenziale[36]?

D. Ecco perché l'interrogarsi preliminarmente sulla prudentia corrisponde ad una esigenza profonda di governo delle relazioni intersoggettive.

1. "Primus igitur officii fons prudentia est"[37] così si legge già nel De officiis di Sant'Ambrogio che, non lo si dimentichi, era un brillante funzionario dell'Impero prima di divenire Vescovo di Milano. Il primato della prudenza, per cui solo mediante la risoluzione fondamentale della prudenza l'azione umana diviene giusta, forte e temperante, essendo "misura"[38] o "forma"[39] di ogni azione buona, viene ribadito e precisato da San Tommaso sulla base di una analogia. "Come nella conoscenza creatrice di Dio tutte le cose create sono preconfigurate e preformate, come dunque le forme sostanziali intrinseche all'essere di tutto quanto è reale sono in Dio come 'idee', come 'prefigurazioni' (...) così la risoluzione della prudenza è 'forma sostanziale estrinseca' mediante la quale l'azione buona è quello che è: solo mediante la risoluzione fondamentale della prudenza essa diviene giusta, forte, temperante"[40]. Che cosa si vuol significare con quest'analogia? Il Dottore Angelico ha una risposta semplice e inequivocabile: "Bonum hominis, in quantum est homo, est: ut ratio sit perfecta in cognizione veritatis, et inferiores appetitus regulentur secundum regulam rationis; nam homo habet quod sit homo per hoc quod sit rationalis"[41]. Il bene essenziale dell'uomo, cioè il suo essere veramente umano, sta in questo, che la ragione, che si perfeziona nella conoscenza della verità, forma e impronta intimamente il suo volere e agire. In questo è racchiusa tutta la dottrina della prudenza sicché, a mo' di conclusione interlocutoria, potremo dire che la prudenza è la misura del volere e dell'agire allo stesso modo in cui misura della prudenza è la ipsa res, la cosa stessa[42] e che il conformarsi del volere e dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere o dell'agire all'essere, o natura, delle cose. La realizzazione del bene presuppone la conoscenza della realtà.

Per l'economia del nostro discorso, delle molte inferenze di questo assunto, per il quale la prudenza si presenta come avente due volti[43], dei quali l'uno guarda alla realtà oggettiva e l'altro all'attuazione del bene, infatti "è necessario che il prudente conosca i principi fondamentali generali della ragione come pure le circostanze particolari delle cose circa le quali si esplica l'agire morale"[44], fermerei l'attenzione su due. Sulla conoscenza della situazione concreta dell'agire, che implica la disponibilità all'ascolto, all'oggettiva percezione del reale e alla paziente fatica dell'esperienza, non pregiudicata da "a priori", né ideologici né scientifici, ma aperta alla radicale problematicità che solo un incondizionato amore del sapere (filosofia) propizia. E sulla "rischiosità" della decisione, relativa sempre al concreto, al contingente, al avvenire, esposta ad inevitabile incertezza per la finitezza e l'insufficienza dell'esistenza umana che non può escludere conseguenze indirette e sottratte al calcolo, donde la necessità di tenersi lontani da ogni astratto moralismo ma anche la necessità di ricordare che non solo il fine dell'agire umano bensì anche il modo concreto della sua realizzazione deve conformarsi alla verità delle cose reali.

2. "La prudenza sta al Nord della mia anima come la prua intelligente, che conduce tutta la nave"[45], scrive Paul Claudel, ma scrive anche "la prudenza è la paziente lanterna che non ci indica il futuro lontano, bensì l'immediato"[46]. Proprio della prudenza è il riferimento alla sfera "dei mezzi e delle vie"[47] per giungere ai fini ultimi della vita umana, la cui presenza rende possibile la risoluzione prudente ma non ne costituisce l'obiettivo diretto, essendo questo l'operare umano. D'altra parte dell'operare umano due sono le forme: l'agire e il fare. Di questo, il facere, opere sono gli artefatti, le costruzioni che sfidano il tempo; di quello, l'agere, opera è l'uomo stesso, l'io umano che tende alla sua perfezione nell'operare il bene di momento in momento. Per questo, a definire una risoluzione prudente non conviene una procedura ipotetico-deduttiva, che costruisce sintesi a priori permanenti e astrattamente stabili, ma quella che platonicamente potremmo chiamare la "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, e d'altra parte, di fronte alle differenze d'ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non ce se ne distoglie prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono[48]. Insomma, per l'uomo non vi è nessuna "tecnica" dell'agire bene, garantita una volta per tutte da volontarismi o decisionismi. La realizzazione del bene

non è alla portata dell'osservanza formalistica di una prescrizione, imposta alla volontà di un inferiore, il subordinato, dall'imperscrutabile potere di un superiore, il sovraordinato. Solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da se stessi, la disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza, come si legge in quel passo della *Metafisica* di Aristotele: "La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare"[49], consente all'uomo azioni buone che non sono prodotti dell'industriosità individuale bensì passi nella autorealizzazione personale. "L'io umano, che tende alla sua perfezione nell'operare il bene, – conclude Pieper - è un'opera che sorpassa tutti i piani di costruzione, precedentemente studiati, del calcolo individuale. Il divenire della persona morale si compie nella risposta conforme di caso in caso alla realtà che non abbiamo fatto noi e l'essenza della quale è la molteplicità variabile del divenire e del passato, non però essere permanente e stabile (solo Dio è colui che è)"[50]. E di questo processo di autorealizzazione, con la sua apertura alla Verità, la prudenza costituisce il perno.

3. Una domanda, tuttavia, ora si impone: che cosa nell'esperienza sempre varia e mobile del caso per caso[51] tiene diritta, per continuar ad usare la bella immagine del poeta, la prua della nave?

"Prudentia praecise dirigit in his quae sunt ad finem ... Sed finis agibilium praeexistit in nobis dupliciter: scil. per cognitionem naturalem de fine hominis (synderesis!) ... alio modo quantum ad affectionem: et sic fines agibilium sunt in nobis per virtutes morales Ad prudentiam requiruntur et intellectus finium et virtutes morales, quibus affectus recte collocatur in fine; et propter hoc oportet omnem prudentem virtuosum esse"[52]. San Tommaso introduce così 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 conoscenza 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. Ora, volontà del bene è amore. Amore del Principio e del Fine dell'Essere. Amore di Dio. Per chi tenta d'essere cristiano, Amore del Dio che è Amore. L'agire prudente dunque oltre che della Verità ha bisogno dell'Amore.

Che l'attuale oblio della prudenza debba farsi risalire alla pretesa di trattare dell'ordinamento giuridico "...etiamsi Deus non daretur"?

E. A questo punto abbiamo gli elementi sufficienti per qualche conclusione specifica sulla prudentia iuris .

1. "L'ufficio del diritto o del giurista – scrive suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle quaestiones tomistiche[53]– 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. (...) Quanto alle prescrizioni espresse all'imperativo, esse intervengono all'esterno del discorso giuridico, dopo (o prima) del discorso giuridico. La loro natura è affatto differente. (...) Gli imperativi non sono prodotto di scienza, ma di autorità"[54]. L'affermazione del filosofo sembrerebbe perentoria nell'escludere dall'orizzonte del discorso giuridico, prodotto all'indicativo dalla scienza, le prescrizioni, prodotte all'imperativo dall'autorità, tanto che, a prima vista, si potrebbe aver l'impressione d'essere ricaduti nei lacci del brocardo hobbesiano "auctoritas non veritas facit legem" da cui il nostro discorso ha preso le mosse. In realtà non è così per l'altra e altrettanto perentoria affermazione che il giusto va ricercato e perseguito "nelle cose", in cui riecheggia il monito ciceroniano, dal *De legibus*, 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"[55], bensì "derivato dalla natura delle cose, stimolo ad agire onestamente e a tenersi lontano dal mal fare"[56]. In realtà ci si trova qui 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 all'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 della *iuris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto fluere coepit[57].

Su questo nodo problematico radicale un florilegio di citazioni dal Digesto e più in generale dalle massime che i giuristi romani ci hanno tramandato potrebbe essere raccolto. Per sottolineare il radicamento del giuridico nella natura delle cose: del diritto naturale com'è evidente (Ulpiano, D.1,1,4) ma anche del diritto delle genti, stabilito tra gli uomini dalla ragione naturale (Gaio, D.1,1,9) e dello stesso diritto civile che, pur caratterizzandosi per essere proprio di una particolare comunità, non si discosta in tutto dal diritto naturale (Ulpiano, D.1,1,6). Per rimarcare con forza la centralità della ragione e dell'onestà nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive per cui, laddove sia stato stabilito alcunché *contra rationem*, neppure la norma giuridica può essere seguita (Giuliano, D.1,3,15) poiché "non omne quod licet honestum est" (Paolo, D. 50,17,144) e perché nessuno può arricchirsi a scapito e in pregiudizio di altri (Pomponio, D.50,17,206, cfr. altresì D. 12,6,14 e D. 23,3,6,2). Per affermare come anche il diritto legale debba essere "secundum natura, quae norma legis est" (Cicerone, De leg. 1,5,17).

Ma è soprattutto per evidenziare un aspetto, diciamo così, metodologico che, a proposito della "origine prudenziale" del diritto, il riferimento alla giurisprudenza romana è di cardinale importanza, anche nella temperie attuale della crisi del formalismo giuridico. L'argomentare del giurista romano non è mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva ma sempre da una procedura dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti. Procedura dettata, prima che da un interesse operativo, da un autentico amore del sapere (filosofia); 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"[58]. Ed è proprio questa via, ad avere il coraggio di percorre la compiutamente, che conduce 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"[59]. Ed è in questa prospettiva che dobbiamo intendere l'altra celebre ma non immediatamente trasparente massima di Ulpiano: "iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia"[60], la cui sequenza, non casuale, mette in luce in modo inequivocabile come il discernimento (scientia) del giusto dall'ingiusto, che nella concreta esperienza della vita si presentano sempre confusi come il grano e la zizzania, possa per autorità operarsi solo sulla base della reale conoscenza (notitia) delle cose divine e delle umane.

A dimostrare quanto infondato sia il luogo comune che vuole la giurisprudenza romana priva di sostrato filosofico potrebbe bastare la citazione di Crisippo[61] nello stesso Digesto, illuminante proprio la concezione giuridica della prudenza. Quello che a giusto titolo può essere considerato il fondatore dello Stoicismo, infatti, accostava tramite il termine di epistémè la sophía, quale "scienza delle cose divine e umane"[62], e la phrónesis, quale "scienza delle azioni da compiersi e da evitarsi. Da compiersi, le azioni rette; da evitarsi, gli errori"[63]. Più interessante sarebbe chiedersi, a questo proposito, perché i giuristi romani fossero attratti dallo Stoicismo piuttosto che da altre scuole filosofiche, come ad esempio l'Epicureismo, e forse apparirebbe più chiaro perché non sia congeniale alla giurisprudenza una razionalizzazione astratta dell'esperienza, fatta per deduzione muovendo da a priori assunti convenzionalmente, ma la ricerca caso per caso della razionalità implicita nella "situazione"[64] sebbene nascosta dalla tortuosità dell'esistenza umana. Nell'esperienza del popolo romano alla iuris prudentia non si è pervenuti per applicazione di una dottrina, elaborata sistematicamente in via teorica e poi calata nei fatti al fine di ristabilire operativamente l'ordine sociale turbato dalle liti dei singoli individui, quanto piuttosto per continua e progressiva ricerca e scoperta delle condizioni che caso per caso consentono la convivenza umana, "vitae quasi communitas". Nel rispetto per la verità della natura delle cose e nella scrupolosa osservanza dei patti sanciti chiamando Dio a teste e garante della buona fede[65]. Sicché si potrebbe dire, con Juan Iglesias[66], che prima di designare la competenza di specialisti la iuris prudentia rappresenta la virtù di cittadini, ma forse più ancora la loro umanità: la qualità di ogni uomo degno del nome il quale, "disprezzando le cose terrene, si volge soltanto a ciò che è eterno e divino e tutto pospone all'amore della sapienza"[67]. Una straordinaria testimonianza di tutto questo troviamo in una celebre confessione di Francesco Carnelutti, che così ricorda la sua conversione dal giovanile entusiasmo per le geometrie legali alla matura consapevolezza della carità[68] come misura del diritto. "Il giovane aveva fede nella scienza; il vecchio l'ha perduta. Il giovane credeva di sapere; il vecchio sa di non sapere. (..) Il giovane si accontentava del concetto scientifico del diritto; il vecchio sente che in questo concetto si perde (..) la sua verità. (..) Il giovane non credeva che in quello che si vede; il vecchio non crede più se non in quello che non può vedere"[69].

In realtà, nel concreto dell'esperienza giuridica la iuris prudentia, che non è la prudenza applicata al diritto ma la via del diritto alla prudenza, apre nel finito un varco all'infinito, nel transeunte un varco al perenne, che consente agli uomini divisi dalle liti di recuperare la relazione personale che li caratterizza come uomini perché, in virtù della volontà del Bene, la rappresentazione veritiera del suo di ciascuno diventa regola e forma dell'azione.

Per non lasciare l'impressione di vagheggiamento intellettualistico, concluderei con due brevi corollari su due campioni di origine prudenziale dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, d'ogni tempo.

2. 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 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, ma è altresì chiaro che tale diversità può essere definita solo a partire da ciò che ciascuno ha con gli altri personalmente in comune, ossia la razionale disposizione all'ordine per la qual è proprio dell'essere uomo riconoscere a ciascuno quello che gli spetta, ossia il suo diritto. In questa concretissima prospettiva risulta anche chiaro come della legge, prodotto storico dell'auctoritas del sovrano, si serve l'advocatus. Non tanto come grimaldello per controllare una volontà che pretende il dominio ma come lente per riconoscere una ragione che sostiene il diritto. Sicché, stabilendo un parallelo, ardito ma non temerario, tra concetto e legge 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. Ma risulta altresì chiaro che questo è possibile solo a condizione che l'opera dell'advocatus sia sorretta da una precisa disposizione al bene della relazione intersoggettiva che, come tale, costituisce l'autentico bene da proteggere.

3. Sul iuratus. Cicerone nel De officiis fa memoria di un "costume tramandatoci – dice – dai nostri padri (oh, se noi lo conservassimo ancora), di pregare il giudice con questa formula: 'Fa per me tutto quello che puoi, purché sia salva la tua coscienza'"[70]. 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"[71]. 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"[72]. Sarebbe superfluo ricordare come coscienza e prudenza valgano quali sinonimi[73]. 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[74] ci ricorda di quanto forte sia stato il "timor di Dio" nei governanti di questa straordinaria città che "serenissima" non ha mai temuto gli eventi umani essendosi in ultima istanza affidata sempre al Redentore. Ma ci ammonisce anche a riflettere sul timore degli uomini che, "una volta preteso di fare a meno del timor di Dio, è il principio d'ogni follia" perché, come dice il Papa Benedetto, "a bandire Dio dalla città si finisce per bandire la giustizia e anche anche il diritto"[75].

Non sarà che il compito laicissimo del giurista di oggi, che abbia il dono d'essere cristiano, sia quello di recuperare la iuris prudentia, intravista dal giurista di un tempo pagano veluti si Deus daretur, con una consapevolezza razionale resa più radicale e profonda dalla "buona novella" di Cristo?

È un interrogativo cui questo convegno su "Momento prudenziale e atto amministrativo singolare canonico" immagino vorrà dare una qualche risposta. Quello di cui sono certo è che questo si attendono gli studenti del primo anno della licenza in diritto canonico, la primavera della scuola che qui ci ospita.

a Studium Generale Marcianum, Venezia, 3 maggio 2007

[1] Cfr. di M.T.Cicerone De partitione oratoria, 37, 131; De officiis, III, 18, 73; De republica, V, 5 e De legibus, I, 16-18.

[2] Cfr. Di Tito Livio Historiae, III, 34, 6.

[3] Si veda in proposito, tra gli altri, L. MOSSINI, Fonti del diritto. Contributo alla storia di una metafora giuridica, in "Studi Senesi", LXXVI (1962), I, p. 149 ss. o U. PAGALLO, Alle fonti del diritto. Mito, Scienza, Filosofia, Giapichelli ed., Torino 2002.

[4] Cfr. innanzitutto di H. Kelsen La dottrina pura del diritto [1934], tr. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, p. 43 e p. 83; Teoria generale del diritto e dello Stato [1945], tr. it. Ed. Comunità, Milano 1959, p. 134; La dottrina pura del diritto [1960], tr. it. A cura di M.G.Losano, Ed. Einaudi, Torino 1966, p. 84 e p. 219. Ma cfr. altresì, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, Manuale di diritto costituzionale, vol. I: Il sistema delle fonti, Utet, Torino 1988 oppure L. PALADIN, Le fonti del diritto italiano, Il mulino ed., Bologna 1996.

[5] Sulla nozione di "geometria legale" cfr. "La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali", a cura di A. Berardi, nel mio Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi, Cedam, Padova 2006, pp. 23 ss.

[6] Dal Dialogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra [1666] di Th. HOBBS, tr. it. Di N. Bobbio, Utet, Torino 1959, p. 397.

[7] Dal Dialogo..cit., p. 396.

[8] Dagli Elementi filosofici sul cittadino [1642], tr. it. a cura di N. Bobbio, Utet, Torino 1959, p. 129.

[9] Cfr. Leviathan [1651], II, 26.

[10] Dal Discorso sull'economia politica [1755] di J.J. ROUSSEAU, tr. it. a cura di M. Garin in Scritti politici, Ed. Laterza, Bari, I, p. 285.

[11] Ibid.

[12] Ibid.

[13] Da Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, III, p. 55; tr. it. in A. CARRINO, L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen, ESI, Napoli 1990, pp. 33-34. Ma 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), si legge: "Il potere legislativo è annipotenza 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".

[14] "Il processo di tecnicizzazione del vocabolo ordinamento sulla base dell'elaborazione concettuale (...) non risponde tanto ad un'esigenza di pulizia linguistica quanto ad un'esigenza di polizia, o di ideologia, giuridica: quella di specializzare un sinonimo di diritto per la funzione di occultare fratture e individuare coerenza di sistema (unità di ordinamento) ove la percezione immediata presenta contraddizioni e conflitti tra forze che si vestono da giuridiche, convalidando sempre il risultato del conflitto" (G. TARELLO, Il diritto come ordinamento in AA.VV., Il diritto come ordinamento – Informazione e verità nello Stato contemporaneo, Atti del X Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, Giuffrè, Milano 1976, p. 70). Del medesimo autore cfr. altresì Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto, Il Mulino ed., Bologna 1974.

[15] Cfr. Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla Filosofia italiana della legislazione), in AA.VV., Legislazione. Profili giuridici e politici, Atti del XVII Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, Giuffrè, Milano 1992, pp. 13 ss.

[16] Da La motivazione delle leggi di G. GAVAZZI, "Il Politico", 1974, pp.

[17] Ibid.

[18] Da La dottrina pura del diritto [1960], cit., pp. 381-382

[19] Op. cit., 387

[20] Ibid.. Per una curiosa defaillance logica, peraltro indotta dal gusto di portare alle estreme conseguenze il discorso, Kelsen, avendo definita "sempre autentica" l'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto, si trova poi costretto a sostenere che "con l'interpretazione autentica (cioè l'interpretazione di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla), si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dello schema costituito dalla norma da applicare" (Op. cit., pp. 387-388). Solo "per assurdo" si potrebbe parlare di applicazione, e di interpretazione, di una norma!

[21] Da Mitologie giuridiche della modernità, Giuffré, Milano 2001, p. 76.

[22] Cfr. Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzliche Rechtsordnung, Karlsruhe 1958. Particolarmente interessante quanto scrive a proposito de I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea Giovanni ORRU, in "Jus", XXIV (1977), pp. 298 ss.

[23] Cfr. ad esempio La struttura argomentativa del diritto occidentale di Umberto VINCENTI o L'argomentazione dell'avvocato di Alarico MARIANI MARINI, in AAVV, Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato, Pisa University Press, Pisa 2004.

[24] Cfr. ad esempio La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher di Francesco CAVALLA, Cedam, Padova 1991.

[25] Cfr. ad esempio il mio Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Terza edizione integrata da quattro codicilli, Cedam, Padova 2005.

[26] Cfr. ad esempio La responsabilità del giudice di Alessandro GIULIANI e Nicola PICARDI, Giuffré, Milano 1987.

[27] Cfr. ad esempio Ermeneutica e dogmatica giuridica di Luigi MENGONI, Giuffré, Milano 1996 oppure Diritto e interpretazione. Lineamenti di Teoria ermeneutica del diritto di Francesco VIOLA e Giuseppe ZACCARIA, Laterza, Bari 1999.

[28] Cfr. ad esempio Metodologia giuridica di Umberto Vincenti, Cedam, Padova, 2005 oppure il volume collettaneo curato da Agostino Carrino, Metodologia della scienza giuridica, ESI, Napoli 1989.

[29] Di straordinario interesse le osservazioni in proposito di A. Villani in AA.VV., Interpretazione e decisione. Diritto ed economia, Atti del XVI Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, Giuffé, Milano 1989, pp. 166 ss.

[30] In particolare quelli che possono contare su di una robusta base culturale di matrice romanistica, come ad esempio quelli di W. Waldstein, (cfr. ad esempio Saggi sul diritto non scritto, Cedam, Padova 2002) e di U. Vincenti (cfr. ad esempio Metodologia giuridica, cit.).

[31] Metodología de la determinación del derecho. Parte sistemática, Ed. Centro de estudios Ramón Areces. Consejo General del Notariado, Madrid 1996.

[32] Si legge, in un recente saggio sulla via retorica alla verità: "Qual è l'interesse fondamentale di un avvocato? Vincere la causa, risponderebbero quasi tutti. Eppure si può pensare che ci sia un interesse ancora più radicato e profondo: che è quello di poter dire, proprio quando si perde la causa, che il giudice è incompetente" (Cfr. AA.VV., Retorica, processo, verità, Cedam, Padova 2005, pp. 4-5).

[33] Vedi per esempio S. RICCOBONO, Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano, Giuffré, Milano 1949², p. 44; F. SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, tr. it. di G. Nocera, Sansoni, Firenze 1968, p. 241 ss; P. VOICI, Manuale di diritto romano, rist. Giuffré, Milano 1998², p. 115 nonché Istituzioni di diritto romano, Giuffré, Milano 2004³, p. 15.

[34] Vedi per esempio R. GARRIGOU-LAGRANGE, *Du caractère métaphysique de la théologie moral de Saint Thomas*, « Revue Thomiste », VIII (1925), p. 345, citato da *La prudenza* (1936) di J. PIEPER, tr. It. Morcelliana ed., Brescia 1999, p. 23.

[35] Da *La prudenza*, cit., p. 22.

[36] Neppure nell'importante Saggio sul diritto giurisprudenziale di Luigi Lombardi (Giuffré, Milano 1967) il lettore troverà una considerazione tematica specifica della prudenza né nel recente volumetto sulla Giustizia di Francesco D'Agostino (Ed. San Paolo, Cinisello Balsamo (MI) 2006), dove di 164 paragrafi alla *jurisprudencia* ne è dedicato uno solo ed uno alla *phronesis*, peraltro con due belle citazioni, a Capograssi e a Pieper, ma una imprecisione filologica proprio relativa alla *jurisprudencia*, indicata come la *prudencia* applicato al *jus*, il che corrisponde alla definizione distorta che ne dà la moderna geometria legale piuttosto che a quella corretta delle fonti antiche.

[37] Dal *De officiis*, I, 27.

[38] Cfr. di S. Tommaso la *Quaestio disputata de virtutibus in communi*, 13 nonché della *Summa theologiae*, I, II, 64, 3. Sul concetto di "misura" come "forma sostanziale estrinseca" cfr. *Die Wirklichkeit und das Gute* di J. PIEPER, Leipzig 1935.

[39] Cfr. di San Tommaso le *Quaestiones disputatae de veritate*, 14,5 ad 11; 3, d. 27, 2, 4, 3; 3, d. 27, 2, 4, 3 ad 2.

[40] Da *La prudenza*, cit., p. 25.

[41] Dalla *Quaestio disputata de virtutibus in communi*, 9.

[42] Dalla *Summa theologiae*, I, II, 64, 3 ad 2.

[43] 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" (da *La prudenza*, cit., 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 (*Du caractère métaphysique*, cit., p. 354).

[44] Dalla *Summa theologiae*, II, II, 47, 3.

[45] Dalla quinta delle Cinq grandes Odes di P. CLODEL, cit. da *La prudenza*, cit., p. 51.

[46] Da *L'ostaggio*, II, 1, cit. da *La prudenza*, cit., p. 67.

[47] Dalla *Summa theologiae*, I, II, 14, 2; II, II, 47, 6 ad 1.

[48] Dal *Politico*, 285, a-b.

[49] *Metaph.*, A., 984 a.

[50] Da *La prudenza* di J. PIEPER, cit., p. 66.

[51] Sull'umanissimo desiderio di sicurezza e di visione complessiva, di certezza, di delimitazione ed esattezza che dà luogo alla "casistica" ma anche sui pericoli cui questa è esposta si legga quanto scrive Pieper (*Op. cit.*, pp. 59 ss.).

[52] Dalle *Quaestiones disputatae de veritate* di San Tommaso, 5, 1.

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

[54] Da *De l'indicatif dans le droit* in *Seize essais de philosophie du droit*, di M. VILLEY, Dalloz ed., Paris 1961, p.

[55] Dal *De Legibus* di CICERONE, 1, 15-16

[56] Dal *De legibus*, 2, 4, 8-10.

[57] 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 proprii nomi, date alle altre parti le loro peculiari denominazioni, ma si chiama con nome comune diritto civile"

[58] Dal D. 1,1,1,1.

[59] Dal *De leg.*, 2,4,8.

[60] Dal D.1,1,10.

[61] Cfr, D.1,3,2.

[62] Da *SVF II*, fr. 35.

[63] Da *SVF II*, fr. 1005

[64] Benché non lo condivida del tutto, ritenendolo in parte pregiudicato da una non del tutto convincente riduzione del "caso" alla casistica, utilizzo il termine "situazione" nel senso ad esso dato da Romano Guardini perché è estremamente lucido nel definire le condizioni in cui opera la coscienza nel giudizio ed è in particolare illuminante la coscienza del giurista nell'esercizio della prudente considerazione del caso concreto. "Noi distinguiamo tra situazione e caso. (...) Caso significa una combinazione di uomini, di circostanze e di fatti nella quale non c'entro. Non mi impone doveri. Posso considerarlo da un punto di vista teorico. Situazione invece vuol dire un complesso di uomini, di circostanze e di fatti, dei quali io faccio parte: che mi riguardano; che esigono da me qualche cosa. Del caso posso non curarmi, ma della situazione no. Essa esige che io prenda posizione, che mi decida, che agisca. Ora, è appunto la situazione a dirmi che cosa sia il bene. Il comando di essere tradotto in atto da parte del bene, comprensivo di tutto e al tempo stesso affatto semplice, riceve di continuo, a ogni passo che faccio, un nuovo significato dalla situazione sempre nuova, che si riproduce intorno a me" (Da *La coscienza* [1980] di R.GUARDINI, tr. it. Morcelliana ed., Brescia 2001, p. 19-20).

[65] Cfr. *De officiis*, 1, 7 di Cicerone dove si parla della giustizia, di cui la *fides* è indicata come fondamento, tanto che il giurista/filosofo arrischia un'etimologia, al modo degli Stoici, per cui *fides* sarebbe chiamata così perché *fit* (si fa) quel che è stato promesso.

[66] Dal *Espiritu del Derecho romano* di J.IGLESIAS [1980], tr. it. di M. Balzarini, CEDAM, Padova 1984.

[67] Dal *De republica*, 1,17.

[68] Cfr. *Giustizia e carità in Discorsi intorno al diritto*, vol. III, Cedam, Padova 1961, pp. 210 ss.

[69] Da *Arte del diritto* di F. CARNELUTTI, Cedam, Padova 1949, pp. 20-21.

[70] Dal *De officiis*, 3,10,45.

[71] Dal *De officiis*, 3,10,44.

[72] Dal *Das Gute, das Gewissen und die Sammlung* (1933), tr. it. *La coscienza*, Ed. Morcelliana, Brescia 2001³, p. 25.

[73] Cfr. più sopra la nota 41.

[74] Dal Salmo 113 b (115),

[75] Dalla "Internationale katholische Zeitschrift *Communio*", XVI (1987), p. 265.