

NOTE DI STUDIO SUL RUOLO DELLA PRUDENZA NELLA RAZIONALITA' GIURIDICA CONTEMPORANEA

Introduzione

Le presenti note d'appunti si vorrebbero porre l'obiettivo di abbozzare come e fino a quali limiti l'applicazione razionale del diritto sia rilevante oggi nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive e quali collegamenti possedga questa con la categoria della "prudenza", classicamente intesa [1], che da tempo pare essere scesa in un malcelato oblio [2].

Preso atto che l'urgenza del tema è stata a più riprese evidenziata [3], purtroppo par lecito asserire che la stessa emergenza non ha ancora provocato un approfondimento teoretico adeguato. Le Note qui di seguito stese, per tutti i loro evidenti limiti, non si prefiggono di certo di raggiungere un quadro di analisi compiuto quanto di stimolarne problematicamente un suo futuro orizzonte delineandone una cornice generale. Difatti, se alcuni studiosi si sono dedicati in questi ultimi anni alla metodologia giuridica ed alla struttura argomentativa del diritto, pare esserci una vera e propria mancanza di riflessione circa la "prudenza" in sé che alla "prudencia juris" sta come il *genus* alla *species*.

Invero, tale *vulnus* può essere imputato a diversi fattori. Tra questi spiccano l'illusione di semplificare l'esperienza giuridica mettendo tra parentesi i concetti fondamentali dell'intersoggettività e la volontà di pianificare la complessità fornendo schemi virtuali, magari ipoteticamente ispirati alla *ratio juris* ma in realtà espressioni di un razionalismo di matrice illuministica, che si palesano insufficienti (oltre che inefficienti) una volta posti dinanzi al fluire a-sistematico della realtà. Inoltre, un ulteriore e non meno importante fattore è relativo al progressivo depauperamento subito dal termine *prudencia*, a causa del quale questa stessa virtù viene ad essere assimilata all'arte del temporeggiare, del non comprometersi, o tutt'al più ad una specie talmente rara e ardua di fine saggezza per le occasioni straordinarie che pare irraggiungibile per l'essere umano [4].

Questi fattori sono divenuti un poco alla volta parte integrante anche degli ordinamenti giuridici odierni e si palesano al contempo debitori di una impostazione già definita "geometria legale" [5], dalla quale, a questo punto, è opportuno partire per poter iniziare la disamina.

1. Geometrie legali e relazioni intersoggettive

La prospettiva della "geometria legale" presente nell'odierno panorama giuridico, ricava le proprie radici in tempi non recenti. La sinteticità che concedono le Note presenti permette almeno di evidenziare perché la prospettiva geometrica non riesca a cogliere l'essenza del diritto e quindi non sia in grado di offrire risposta alla richiesta che ciascuna persona pone affinché gli venga riconosciuta il proprio ruolo singolare (e irripetibile) all'interno della relazione intersoggettiva.

Nella sostanza, ciascun soggetto, a prescindere dall'orizzonte filosofico (e non solo) di riferimento, desidera un ordinamento delle relazioni intersoggettive e, quindi, un ordinamento giuridico in cui esprimere la propria identità tutta avviluppata nella logica del riconoscimento reciproco (con l'altro). È un dato di fatto che, anche nel più ingiusto dei mondi (che ci ricorda Leibniz essere pure il migliore tra quelli "possibili"), finanche in una società di delinquenti, permanga la nozione generale di giustizia, «la costante e ferma volontà di dare a ciascuno il diritto che gli spetta», come delineò già Ulpiano qualificando così il tema del "riconoscimento" in ambito giuridico-politico. Una qualifica mutuata da un sapere eterno e per questo pure attuale, da un Omero (*Od*, 14, 84) a un Platone (*Resp*, 331). Una nozione recuperata pure nei testi giuridici di Roma (*Dig.*, 1, c. 10; *Instit.*, 1, c. 1) che ha poi rinvenuto nei testi dei Padri della Chiesa una rinnovata vitalità, in Ambrogio (*De off.*, 1, 24) come in Agostino (*De civ.*, 5, 23), per raggiungere infine il momento più alto con Tommaso: «*Iustitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*» (*II-II*, 58, 1) [6].

Siamo latori dell'opinione che, qualunque siano l'indole e la funzione [7] che al diritto si intendano attribuire, non se ne può disconoscere il legame che lo vincola alla realtà e, precipuamente, ai suoi (eventuali) conflitti, ma su questo vorremmo tornare nelle conclusioni. È dunque evidente come la questione in esame non possa utilmente appellarsi ad un interesse meramente storico e ricostruttivo, finanche imprescindibile, ma richieda al contrario una fatica teoretica ulteriore, finalizzata alla comprensione di come il tema della scientificità giuridica si possa porre oggi e di come esso si intrecci con quello della natura del diritto (e della giustizia) e del suo fondamento trascendente ovvero della sua assoluta contingenza.

Stimolo cardine di una ricerca tanto improba da apparire illusoria, rimane il monito del Grossi che ricorda a tutti i giusperiti come «in ogni branca dello scibile giuridico il giurista più vivace sente il bisogno di affrontare temi di fondazione e di rifondazione del proprio sapere» [8]. In tal modo intendiamo sin da subito confessare il punto di partenza: verificare nel concreto dell'esperienza umana se il diritto in quanto tale possa configurarsi come uno strumento valido per offrire un criterio razionale alle relazioni intersoggettive che non sia fondato in virtù di un mero rapporto di forza, perché riteniamo anche oggi giustificata l'affermazione per cui «un'elaborazione ordinata della epistemologia delle scienze umane richiede la esplicitazione di due premesse fondamentali, [...] l'esistenza dell'uomo e l'esistenza della società» [9].

Nella prospettiva geometrica emerge invece come la legge sia l'unica fonte dell'ordinamento delle relazioni in quanto costituisce espressione della volontà sovrana, e si paleserebbe quale «voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti

della ragione pubblica e gli insegna ad agire secondo le massime del suo giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso» (J. J. Rousseau, *Discours sur l'économie politique*).

Scontato anche questo presupposto non risulta fuori luogo, quindi, la presa di posizione del massimo geometra moderno del diritto, Hans Kelsen per il quale il diritto è (solo) norma. Alle orecchie del giurista "pratico" la prospettiva potrebbe suonare come ovvia, avvezzo com'è a sentir parlare solo di leggi scritte, dalla costituzione all'ultimo regolamento amministrativo, ma occorre tener presente che parte del lavoro di chi svolge un'indagine teoretica è legittimamente costituita dal problematizzare e riflettere anche su quelle che tutti paiono ormai accettare (se non subire) come "certezze" assolute.

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

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

Per superare questa prospettiva che giustificherebbe una situazione talmente urgente e apparentemente senza vie di uscita da essere da taluni ridotta a "nichilismo" [10], è dunque preferibile partire dalla consapevolezza (umanamente necessaria) che quanto appare snodo irrazionale del tutto, risolto ingiusto e talvolta finanche malvagio, costituisce la semplice ma sempiterna denuncia dell'incapacità (o ignoranza) nel decifrare un disegno complessivo che sfugge alla ragione limitata dell'essere umano. Proprio perché, per dirla con Platone, «colui che cura il tutto ha tutto disposto della salvezza e le virtù dell'insieme di tutte le cose, egli ha altresì suddiviso l'insieme in parti affidate alle "divinità reggitrici che presiedono fino alla più piccola azione o passione, sempre, e ne realizzano fino all'estrema suddivisione la completezza del fine"». [11]

Procedendo nella disamina è dato ritenere che tale orizzonte possa mostrarsi adeguato per (ri)scoprire la razionalità della legge sotto l'egida della dimensione prudenziale dell'universo giuridico. Quanto affermiamo, peraltro, non pare che un modesto recupero e una rinnovata attualizzazione innanzi tutto del magistero platonico e in un secondo tempo di quello tomista. Anche solo se si riuscisse in questo, questa semplici Note di studio avrebbe raggiunto un risultato, si ritiene, almeno di rispetto.

A mero titolo esemplificativo ma non per questo banale, nel dialogo dedicato alle questioni inerenti alla scienza del diritto e della politica, infatti, il filosofo greco applica alla teoria della legislazione la sua dottrina dell'etica e della politica come sapienza e scienza regia. La principale deduzione che se ne può trarre, se non erriamo, è un ruolo subordinato delle leggi positive, per loro natura generiche ed approssimative, rispetto alle direttive che possono scaturire dall'applicazione della rigorosa scienza pratica alla singola circostanza da parte di un saggio reggitore. Per essere coerenti, afferma Platone, anche se «in un certo modo è chiaro che la legislazione è parte dell'arte regia, [...] la cosa migliore è che abbiano forza non le leggi, ma l'uomo regale dotato di saggezza [...], la legge non potrebbe mai ordinare con esattezza la cosa migliore, comprendendo in sé ciò che è buono e più giusto per tutti» [12].

2. Sulla natura della *prudentia*, tra "tecnica" e "consiglio"

Se negli ultimi paragrafi del paragrafo che precede abbiamo sintetizzato il riferimento al magistero platonico per evidenziare limiti e censure della prospettiva geometrico-legale, sono questi stessi insegnamenti che permettono di aprire il discorso circa la natura della *prudentia juris*. Provocatoriamente, la riflessione comincerà dalla nota denuncia professata da Kelsen. «Di fronte a l'eterno problema di ciò che sta dietro al diritto positivo [...] chi cerca ancora una risposta troverà non la verità assoluta di una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere» [13].

Per azzardare una replica alla affermazione kelseniana è necessario volgere lo sguardo al pulsare, quotidiano e per questo reale, dell'universo giuridico. Il desiderio di "diritto", ma potremmo dire pure di "giustizia", che l'uomo della strada possiede è anche oggi fortemente condizionato dall'ideologia che esso costituisce un fenomeno essenzialmente umano e razionale [14]. Nel mentre tocca sempre all'uomo della strada sperimentare in presa diretta che l'esperienza giuridica (che talvolta non vive, ma subisce) tutto è fuorché votata ad una razionalità coerente (decisioni "controverse", disposti normativi "l'un contro l'altro armati", ingiustizie senza spiegazioni, ammesso e non concesso che l'ingiustizia in sé possa essere razionalmente spiegata, etc.).

Sotto tale, non solo apparente, antitesi la *ratio juris* si palesa allora come lubrificante dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale il diritto si presenta come enigma quotidiano apparentemente risolvibile con il solo utilizzo della tecnica [15]. Difatti, se il dibattito tuttora in corso tra filosofi e scienziati del diritto verte sul ruolo che il giurista stesso, più che il diritto, in una sorta di accentuazione della fenomenologia soggettivistica, debba/possa rivestire nella società odierna [16], simile questione ha un eterno ritorno sempre e comunque anche all'interno stesso del mondo del diritto. D'altronde non pare facile uscire da questo circolo se è vero che, come Grossi descrive con la prosa efficacemente colorita che lo contraddistingue, «il sapere giuridico è avvertito come sapere dalla grande capacità ordinante a condizione che riesca a depurarsi di scorie contingenti e particolari e a sovrastare la incandescenza e mobilità della realtà fattuale con i propri schemi categoriali astratti» [17].

“Sapere ordinante” e “scorie contingenti” si ergono quindi come i due fuochi dell'ellissi di un confronto inevitabile, anzi necessitato dall'esperienza stessa dove la “tecnica”, più ancora che lo scientismo, pervade le strutture concettuali stesse del diritto e sembra dotarle delle stesse caratteristiche che sono (ormai) proprie del tecnicismo di matrice scientifico-galileiana. D'altronde, premessa fondamentale ad ogni discorso sulla “tecnica” (anche nel diritto) rimane il lucido monito di Marino Gentile: «la tecnica non indica, né vuole, né può indicare un vero fine: tutto ciò che essa porta, non può essere scopo che a se stesso, ma soltanto grado e mezzo per raggiungere qualcos'altro [...] e la tecnica non può determinare in che cosa quest'altro consista» [18].

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto), costituisca una sorta di zona franca per l'autonomia del soggetto “uomo”. Difatti, ciascuno non può più essere considerato come persona nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos'altro, decide al posto suo. Nemmeno può dirsi che solo all'interno di una prospettiva eteronomica possiamo ricavare delle regole giuridiche poichè «nell'espressione autonomia, classicamente, è [già] implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola» [19].

“Disposizione”, non imposizione. Peraltro, disposizione non convenzionale, ma reale, come risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale è sempre determinata da regole convenzionalmente poste, ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti che ne sono parte attiva siano disposti a seguirle realmente e non virtualmente.

D'altronde, quanto abbiamo cercato di esporre in merito alla necessaria riflessione “tecnica” nel campo della *lurisprudentia* compendia il perennemente arduo equilibrio tra anomia ed eteronomia, dove si riassumono e nel contempo sfumano tutti i contrasti epocali al cui interno si è dipanata l'esperienza giuridica.

In molte di queste dispute, difatti, l'opzione media per l'autonomia si è palesata sicuramente quale strada maestra per il recupero del senso originario e non contingente del diritto, l'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana: in una parola, il consiglio nel giudizio.

L'affermazione poi del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie delinea una visione del diritto come regola oggettiva, necessaria, originaria. Oggettiva, perché riconosciuta come sussistente indipendentemente dal volere del singolo, che appunto subordina la propria volontà normativa al riconoscimento ermeneutico di un senso intrinseco nella realtà. Necessaria, perché tesa a garantire la coesistenza dalle spinte disgreganti e conflittuali naturalmente presenti in essa, e radicate nella libertà che orienta la prassi del singolo. Originaria, perché tale libertà ha bisogno di una struttura di fondamento all'interno della quale essere garantita nella sua stessa condizione di possibilità, uniformando l'esistenza individuale alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.

3. *La prudenza dell'imperativo nella realtà dell'indicativo*

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

Se i maestri di spirito hanno sempre consigliato la perfezione dell'ordinario fluire delle azioni umane attraverso l'adagio “Age quod agis”, anche in questa sede pare utile mutuarlo quale consiglio per l'esercizio della prudenza nell'universo giuridico. Se la Prudenza può essere definita come «la regola concreta, la “recta ratio”, la giusta misura dell'agire virtuoso» [20] e il diritto è un umano agire, la prudenza stessa è la reale “razionalità del diritto”. Razionalità che deve essere incontrata con sollecitudine proprio nell'esperienza concreta, come insegna San Tommaso (II-II, q. 47, a. 9). Difatti è proprio l'essenza del giuridico che è scoperta nel fluire quotidiano delle relazioni intersoggettive. In questa immersione nel concreto, a cui ogni giurista è chiamato al fine di corrispondere adeguatamente al suo dovere sia etico che professionale, pare particolarmente conveniente evidenziare quale importanza di primo grado possieda la “prudenza” nella comunità politica e nel diritto.

Seguendo questo iter, calandosi quindi filosoficamente nel profondo dell'essere umano, all'operatore giuridico di ogni tempo è dato lo strumento per difendersi dalla tentazione di ridursi ad “enzima” del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *Prudentia iuris*. Se avessimo l'autorevolezza per formulare

brocardi, potremmo osare un "Veritate non auctoritate dicitur ius". «L'ufficio del diritto o del giurista – infatti, come nota suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle quaestiones tomistiche [21] – 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» [22].

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

Dopo aver evidenziato come razionalità e prudenza di per sé non si mostrino antitetice, ma piuttosto complementari nell'orizzonte del nesso tra autorità e giustizia, pare adeguato il monito per il quale nell'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità «l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo» [23].

Di conseguenza, in termini giuridici per ristabilire la relazione tra i litiganti la prudenza di un (giusto) imperativo non può che uscire dalla realtà di un indicativo. Ma con quale strumento? Non per deduzione logica né per induzione ipotetica e ideologica. Il genio dei giuristi romani aveva già rivelato all'umanità la via dialettica [24] della *luris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto fluere coepit.

La quaestio sarà quella di riuscire a comprovare come anche nell'ordinamento giuridico la *prudentia* debba costituire la misura del volere (anche legislativo) [25], ma soprattutto dell'agire (non solo giurisprudenziale) allo stesso modo in cui la misura della prudenza è la *ipsa res*, la cosa stessa e che il conformarsi del volere o dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere o dell'agire all'essere, o natura, delle cose²⁶.

Per poter precipitare tale questione all'interno della concreta esperienza giuridica, così come essa pulsa nei tribunali, sarà necessario volgere lo sguardo alla realtà. Difatti, la prudenza si presenta con due volti, dei quali uno guarda alla realtà oggettiva, mentre l'altro all'attuazione del bene. La problematica si palesa oltremodo urgente, proprio per la crisi che colpisce ormai da qualche tempo sia l'universo giuridico che la convivenza sociale.

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

Tramite questa sua struttura problematicamente impostata e solo per cenni esposta, le riflessioni svolte in questa sede vorrebbero far emergere così la consapevolezza che il richiamo odierno ad una maggiore scientificità del diritto, si innesta in modo più o meno evidente su un paradigma filosofico che vede nel diritto qualcosa di assolutamente contingente, storico, fondato unicamente sull'accordo dei *cives* o sulla volontà del legislatore, e dunque espressione diretta, ma soprattutto esclusiva, della sovranità dello stato. Con la conseguenza che la concezione per la quale il diritto in sé possa veicolare determinati valori – a prescindere, volendo, dalla loro fondazione: teologica, antropologica, etica etc... – viene percepita come un'indebita usurpazione della sovranità, come un'intromissione non dovuta nella sfera ordinamentale di altre istanze "sovrane". Riflettere ancora una volta sul fondamento del diritto, in sunto, può costituire la premessa migliore per aprire un discorso sulla scientificità *tout court* e sui confini che tale concetto assume in una prospettiva giuridica e filosofica, onde carpire se e in che modo un ordinamento riesca a tenere fondanti e vincolanti per esso taluni criteri oggettivi, al di là, *rectius* a prescindere, della contingente volontà del legislatore o degli esiti delle procedure democratiche.

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

Si è già osservato come i giuristi "*veram philosophiam affectantens*" debbano necessariamente porsi il problema della nascita del diritto, e in questa dinamica sempre più dovranno dedicarsi con particolare attenzione ai profili irrazionali, *rectius* non programmati, dell'azione umana, e alla partecipazione di questa al processo di conoscenza dell'esperienza giuridica. Il formalismo giuridico non tiene conto che la norma è qualcosa che "accade" nella società, ossia è «un insieme di eventi psicologici a cui corrispondono comportamenti osservabili, e non semplicemente una proposizione o un insieme di proposizioni linguistiche» [27]. Più di qualche interesse, allora, può rivestire una riflessione sulla figura del "giudice" e soprattutto sul ruolo che la giurisprudenza gioca nella prospettiva ordinamentale di matrice giusnaturalistica.

4. Prudenza e giudizio

La declinazione del confronto del momento prudenziale con la teoria generale del normativismo, si potrebbe sinteticamente rappresentare come la dicotomia tra la figura del "giudice" e quella del "legislatore". Tema questo che viene anche oggi identificato all'interno dell'istituzione "stato" (modernamente intesa). Difatti, la vera grave preoccupazione del giurista che voglia rinvenire la dimensione corretta di libertà-autonomia entro il vaso di pandora della *prudentia* è chiamato a incanalare il discorso lungo il solco della limitazione del "potere". È opportuno, prima di ogni altro argomentare, ridefinire gli orizzonti dell'autonomia nella società e nella politica. La tesi è che se non si stabilisce fra di esse un confine certo, la legislazione, *id est* la produzione formale di comandi normativi, finisce per

mettere a repentaglio l'autonomia di qualsiasi soggetto facente parte egli stesso della (comunità) politica, che altro non è se non la società (civile).

A partire dal nodo gordiano del "giudizio", la prospettiva "prudenziale" può proporre allora una alternativa strutturandosi quale essenza stessa del giuridico, poiché solo nel "luogo" del processo delle singole rivendicazioni si può esplicitare la vera natura del diritto come entità connaturata all'essere umano e per questo restia a qualsiasi amputazione procustiana d'ordine formale [28].

Pare utile richiamare come i problemi specifici di interpretazione e di applicazione che ciascun magistrato (dal giudice di pace a quello che siede in Corte Costituzionale e nelle varie sedi internazionali) si trova a dover affrontare, sono riconducibili a questioni più generali, ma non per questo astratte. Sulla scia del giusfilosofo, in effetti, ci dobbiamo chiedere se e come possano sussistere garanzie formali e sostanziali affinché il risultato interpretativo non cambi con il mutare della (prudencia) della "persona" del giudice [29], sia esso in composizione monocratica o collegiale.

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

È facile intuire come non sia ipotizzabile una teoria esaustiva ed organica circa il ruolo ed i poteri del giudice in società. Come già dedotto, però, si può "diffidare" dal "legislatore", riponendo invece una grande fiducia nel "giudice" [30]. Già taluni autori si sono spinti lungo questa intuizione che non è però riuscita a palesare effettive, ma soprattutto efficaci, alternative. D'altronde, in termini sintetici, pare utile dedurre che queste prospettive scontano spesso una critica immediata: l'aver trattato con superficialità quella letteratura giusrealista che enfatizza(va) l'elemento arbitrario insito proprio negli arresti delle corti.

Con un gioco di parole si potrebbe affermare che la fiducia nel giudice è fondata sulla "non credenza" della reale possibilità di sentenze "incredibili"; e questa convinzione, ci pare, nasce non perché vi possa essere davvero qualche ingenuo positivista devoto, non (tanto) al legislatore, ma (in alternativa) allo stare decisis, ma perché si possa ritenere che, per quanto sussista una forma di arbitrio nelle sentenze [31], essa non potrà mai palesarsi fisiologicamente in un ordinamento giuridico.

Il giudice [32], difatti, più del legislatore-sovrano è ben consapevole che ci sono dei confini nell'argomentazione, il cui superamento è considerato da tutti, e quindi anche dal giudice medesimo in prima persona, prima che ingiusto ed irrazionale, statisticamente improbabile [33].

5. *Conclusione. L'imperituro ruolo del giurista tra ordinamento e esperienza*

All'interno di tale quadro, il ruolo sociale che il giurista può invereare è decisivo: assumere l'arduo giogo di evitare l'incoerenza dell'ordinamento tramite il ricorso quotidiano e non per questo meno importante alla prudencia; in sostanza, al giurista spetta il compito di sfruttare il proprio ruolo ermeneutico (e lo potrà evidentemente fare tanto come studioso quanto come giudice) per rendere compatibile quella regola particolare col principio generale che l'ha giustificata e, almeno implicitamente, fondata.

A tal fine, probabilmente, perfino Hayek invocava una comunione d'intenti tra giuristi: «se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme» [34]. In questo clima, a ben vedere, il giurista partecipa di una autonomia tale che può assumere il ruolo sia del rivoluzionario che del conservatore; a lui e alla sua coscienza, in comunione con quella degli altri giuristi ma soprattutto degli uomini che nell'esperienza giuridica si relazionano autenticamente, toccano le sorti del diritto nell'esperienza. Perché pure per il giurista odierno la coscienza è il pertugio non sempre evidente attraverso il quale l'eterno emerge nel tempo. Il giusto si invera nel prudente e nel razionale. È così il positivo potrà intrecciarsi col naturale e, tramite questo, col divino [35].

- 1 Per un utile approfondimento, anche per l'argomentare giuridico, sul concetto di "classico" rimandiamo a T.S. ELIOT, *Che cos'è un classico* [1945], in ID., *Opere*, vol. II, Milano 2003, pp. 473-495, ove si legge anche «Un classico non appare se non quando una civiltà, una lingua e una letteratura sono mature» (Op. cit., p. 475 – corsivo nostro).
- 2 Cfr. J. PIEPER, *Sulla Prudenza*, Brescia 1956, pp. 35 ss..
- 3 Cfr., inter alios, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.
- 4 Pare utile evidenziare sin dal principio, invece, che concordiamo con l'opinione per la quale non vi è virtù più ordinaria della prudentia come ci ha insegnato San Tommaso d'Aquino quando ricorda che «*prudentia est virtus maxime necessaria ad vitam humanam. Bene enim vivere consistit in bene operari. Ad hoc autem quod aliquis bene operetur, non solum requiritur quid faciat, sed etiam quomodo faciat; ut scilicet secundum electionem rectam operetur, non solum ex impetu aut passione*» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 57, a. 5).
- 5 Cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragioni di stato*, Milano 1984; nonché ID., *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008.
- 6 San Tommaso ricorda di seguito il richiamo ad Aristotele: «*Et quasi est eadem definitio cum ea quam Philosophus ponit, in 5 Ethic., dicens quod "iustitia est habitus secundum quem aliquis dicitur operativus secundum electionem iusti"* (II-II, 58, 1). Il P. Centi, nel commentare il passo (cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, [tr. e comm. a cura dei Domenicani italiani], Bologna 1987, vol. XVII, pp. 46-47, nota 2) chiarisce come «La definizione dei giuristi era ormai celebre, e l'Autore cerca di giustificare. Il De Vitoria osserva: "I logici moderni certamente la troverebbero riprovevole; ma S. Tommaso con la sua modestia l'accetta" (Commentarios a la Segunda Secundae de S. Tomàs, Salamanca 1934, t. III, p. 20). L'accetta però non senza ridurla in una formula più appropriata».
- 7 Circa una disamina sulla funzione del diritto, interessanti rimangono le osservazioni di S. COTTA, *Ha il diritto una funzione propria? (Linee di un'analisi ontogenomologica)*, in «*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*» (1973), pp. 398-412. Si confronti con N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977.
- 8 P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, p. 22. Lo storico prosegue asserendo «e di farlo elevando il tono della voce. I tempi appaiono fertili anche se molti semi si isteriliranno e avranno vita nascosta o attecchiranno tardi».
- 9 P. FILIASI CARCANO, *Epistemologia delle scienze umane*, in «*Giornale Critico della Filosofia Italiana*» 55 (1976), p. 166.
- 10 Vedansi alcune tra le disamine più recenti: B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino 2004; nonché il già noto ai più N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, e la recensione critica di O. DE BERTOLIS, *Il "nichilismo giuridico"*, in «*La Civiltà Cattolica*» (2005), pp. 399-410; A. PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?*, in «*RIFD – Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*» (2004), pp. 715 ss.; nonché già A. CARRINO, *Esperienza giuridica e nichilismo*, in «*Democrazia e Diritto*» (1987), soprattutto pp. 297-298.
- 11 PLATONE, *Leggi*, (tr. it. a cura di A. ZADRO), in *Opere complete*, Bari-Roma 2001, vol. VII, 903 B-C, p. 342.
- 12 Cfr. PLATONE, *Politico*, in *Opere complete*, cit., 294 a-b.
- 13 H. KELSEN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig 1927, III, p. 55; tr. it. in A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli 1990, pp. 33-34.
- 14 Cfr. quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, pp. 40-58.
- 15 Cfr., inter alios, N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari 2001.
- 16 Vedansi, a guida di prosecuzione anche della disamina di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., passim, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino 2004; ID., *Scienza giuridica senza giurista*, cit.; nonché il già a tutti noto N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004.
- 17 P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 281.
- 18 M. GENTILE, *Umanesimo e tecnica*, Milano 1943, p. 175.
- 19 Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova 2005, p. 37.
- 20 T. CENTI, *Introduzione a Tommaso d'Aquino, La Somma teologica*, cit., p. 215.
- 21 Sarà interessante nel prosieguo della presente Ricerca riflettere su come la quaestio scolastica affondi le sue radici nell'esperienza giuridica medioevale. Cfr. E. ANCONA, *Un modello di argomentazione giuridica: le quaestiones disputatae dei giuristi medievali*, in «*L'Ircocervo*» (2008), in www.filosofiadeldiritto.it.
- 22 Da M. VILLEY, *De l'indicatif dans le droit*, in ID., *Seize essais de philosophie du droit*, Paris 1961.
- 23 F. GENTILE, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in «*L'Ircocervo*» (2008), in www.filosofiadeldiritto.it.
- 24 Sull'argomento potrebbe essere utile vedere W. WALSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, Padova 2002 e U. VINCENZI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003.
- 25 D'altra parte, non è forse San Tommaso ad insegnare che «*Unde oportet quod ille sit praecipuus actus prudentiae qui est praecipuus actus rationis agibulum. Cuius quidem sunt tres actus. Quorum primus est consiliari [ndt: deliberare] [...]. Secundus actus est iudicare [...]. Sed pratica ratio, quae ordinatur ad opus, procedit ulterius, et est tertius actus eius praecipere: qui quidem actus consistit in applicatione consiliorum et iudiciorum ad operandum. Et quia iste actus est propinquior fini rationis practicae, inde est quod iste est principalis actus rationis practicae, et per consequens prudentiae*» (S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 8).
- 26 Come insegna Cotta «Il tema della verità [...] è dominante [...] proprio nel momento più altamente critico della giuridicità: quello in cui la controversia (privata... pubblica...) mettendo a confronto convinzioni veridiche e interpretazioni diverse e opposte, solleva la questione della verità della legge da applicare e quindi della sua vigenza» (S. COTTA, *La legislazione tra il divino e l'umano*, in A. FILIPPONIO – R. COPPOLA, *Diritto divino e legislazione umana*, Torino 1998, p. 25).
- 27 B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli 2003, p. 162.
- 28 In tal senso pare la sintesi che Mauro Barberis propone circa due autori tra loro prossimi come Hayek (economista) e Leoni (giurista) nel suo M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna 1999, p. 128, ove si legge: «Raccogliendo un'idea giuridica di Haek, o piuttosto della sua principale fonte giuridica, Bruno Leoni, gli anarcocapitalisti scindono l'associazione fra Stato e diritto [...], e immaginano un diritto non-statale, diverso dalla legislazione e amministrato da tribunali privati in libera concorrenza fra loro», ma subito il Barberis osserva molto criticamente «Per la verità, il migliore esempio storico sinora fornito di istituzioni siffatte è il diritto islandese dell'alto Medioevo: e non è affatto chiaro come la libertà negativa – perché è sempre di questa di parla – possa essere meglio garantita da istituzioni che finiscono per somigliare, nei casi migliori, alle giurisdizioni feudali, nei casi peggiori, alla mafia».
- 29 La vexata quaestio per la quale la prudentia secondo taluni non si dovrebbe estendere alla dimensione collettiva, perché attinente al solo bene privato dato che «*existimabant quod non oportet hominem quaerere nisi bonum proprium*» trovava in San Tommaso questa replica: «*Quia igitur ad prudentiam pertinet recte consiliari, iudicare et praecipere de his per quae pervenitur ad debitum finem, manifestum est quod prudentia non solum se habet ad bonum privatum unius hominis, sed etiam ad bonum commune multitudinis*» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 47, a. 10).
- 30 Cfr., inter alios, J.M. BUCHANAN, *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*, [1977], tr. it., Milano 1990.
- 31 Un'espressione foriera di un concetto simile circa il limite dell'errore del giudice, si può leggere anche in Hayek: «Il giudice può sbagliare. Può non riuscire a scoprire che cosa richiede la ratio del sistema di norme esistenti. O può farsi fuorviare dalla sua preferenza per un particolare risultato del caso in esame. Ma tutto ciò non muta il fatto che egli ha un problema da risolvere, per il quale, nella maggior parte dei casi, esisterà una sola soluzione giusta, e che questo è un compito nel quale non c'è posto per la sua "volontà", o la sua partecipazione emotiva. Se spesso sarà la sua "intuizione", piuttosto che il suo ragionamento strettamente logico, a guidarlo verso la giusta soluzione, ciò non significa che i fattori decisivi che determinano la decisione siano emotivi e non razionali, non diversamente da ciò che accade allo scienziato il quale pure è di norma guidato dall'intuizione verso l'ipotesi giusta che solo in seguito è in grado di sottoporre a controllo rigoroso. Come la maggior parte degli altri compiti intellettuali, quello del giudice non consiste in una deduzione logica da un numero limitato di premesse, ma consiste piuttosto in un controllo di ipotesi cui si giunge mediante un processo mentale solo in parte cosciente. Ma sebbene egli possa non sapere che cosa l'ha inizialmente condotto a pensare che una certa soluzione era giusta, egli può sostenerla solo se può difenderla razionalmente contro tutte le obiezioni che possono venir sollevate contro di essa» (F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London 1973, p. 150).
- 32 In merito al diritto giurisprudenziale e ancor più specificatamente circa la giurisprudenza quale fonte del diritto, vedansi pure: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova 1991; A.M. SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetto delle pronunce della Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in «*Riv. Trim. di Dir. Pubblico*» 9 (1959), p. 24; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma 1984, pp. 581 e 682.

33 Anche in questa analisi della figura del diritto spontaneo nascente dall'operare concreto del giudice, estrema rilevanza opera la nozione di probabilità, per il quale si rinvia a B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 73 ss. dove si legge «Ciò che mi consente di fare previsioni sul pagamento di un debito da parte di un debitore non è l'unicità di quel caso, bensì il fatto che io, in fondo, cerco di ridurre questo caso unico a un anello in una catena di casi simili, cioè lo metto in relazione con tutte le altre scadenze in cui il debitore mi ha pagato, ovvero con tutti gli altri casi analoghi in cui gli altri debitori hanno pagato me o altri creditori»; e proseguendo poi a p. 76, «La pretesa illegittima diviene la pretesa avente a oggetto un comportamento che è considerato meno probabile, mentre la pretesa legittima diviene la pretesa relativa a un comportamento considerato più probabile in un certo ambito»; ma si veda l'intero cap. II dell'opera citata; cfr. pure le pp. 236-238, sulla differenza tra i concetti di «generalizzazione» e di «assolutezza» e sulle implicazioni che essi involgono. Per una analisi approfondita cfr., in prospettiva più ampia, C. LOTTIERI, *Prefazione a B. LEONI, Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 25-40.

34 F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 87.

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