

**STORIA E DIRITTO:
IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO NELLA LEGGE POSITIVA
E LE RAGIONI DI UNA SUA CRITICA GIURISPRUDENZIALE**

di

Andrea Favaro

(Università degli Studi di Verona)

Abstract:

In describing the contemporary situation of statual law, the A. attempts to recover the historical causes of this situation and describes the epistemological limits and the operational advantages of a legal dimension bound to the "legalism"; by honestly acknowledging today's "nihilistic" drift, according to the A. it will be possible to recover the value of the right that is within every concrete fact and thus to entrust to the prudence of every experience an adequate juridical qualification.

SOMMARIO:

I. Premessa. – II. Diritto e verità nella forma. Quale "certezza"? – III. Nichilismo giuridico. Originale classica e plurale identità. – IV. La provocazione del nichilismo per la (mancata) "certezza" del diritto: ritorno alla ragione? – V. Esperienza comune nel ruolo e nella prudenza del giurista. – VI. Conclusione. Oltre le inefficienze della legge: la *prudentia*, tra "tecnica" e "consiglio".

I. Premessa.

Nel diritto secolare il principio del "legittimo affidamento", com'è normalmente ri-

portato, si dice tuteli le situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un'aspettativa nel loro destinatario. Si tratta di una definizione non del tutto pacifica che necessiterà di un particolare disamina, in particolare avendo riguardo al suo fondamento comune in ordine al principio della "certezza del diritto", che tanto rilievo possiede per ciascun singolo uomo che pretende di poter conoscere la eventuale "giustizia" della sua condotta prima di porla in essere.

Pretesa accoglibile che, crediamo, accomuni tanto il cittadino quanto il fedele.

I due paradigmi ("affidamento" e "certezza"), peraltro, per quanto connessi, lungi dall'essere giustapposti, sono suscettibili di essere distinti sotto molti profili benché non manchino gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che tendono a sovrapporli e a risolvere le problematiche sottese alla tutela di "affidamenti legittimi" nella necessità di garantire la "certezza del diritto", l'affidabilità e la stabilità dell'ordinamento giuridico. Del resto, è questa la prospettiva accolta nell'ambito dell'ordinamento tedesco, ove il principio in parola è stato ricostruito quale corollario del principio di certezza del diritto e articolazione del principio dello stato di diritto¹.

Ciò detto occorre sottolineare la natura eminentemente trasversale e probabilmente politico-filosofico-giuridica del principio di cui si discute. Trasversalità che può definirsi, infatti, finanche doppia, atteso che questa è tanto ordinamentale quanto disciplinare e, per quanto occorra, pure afferente a questioni trascendenti quali "fiducia", "fede".

In questi termini potrebbe darsi dell'affidamento (e della certezza giuridica) una ermeneutica plurale che in questa sede si propone di cogliere nel paradigma ugualmente trasversale della *prudentia iuris*, qui assunto quale imperituro ostacolo al dipanarsi sottile e non meno efficace del c.d. nichilismo giuridico, che non poco ha condizio-

⁽¹⁾ C. FRAENKEL-HABERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Università degli Studi di Trento, Trento 2008, p. 18 ss.

nato i principi di “certezza” e “affidamento” negli ultimi secoli di storia del diritto (statuale almeno).

II. Diritto e verità nella forma. Quale “certezza”?

Nella sua prima lezione da neovincitore di concorso² il giovane Enrico Opocher ammoniva (già nel 1948): *«Bisogna veramente riconoscere che il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità, che l'attuale crisi dell'esperienza giuridica è, nella sua essenza più profonda, una crisi della verità del diritto o, meglio, di quell'intima consapevolezza del proprio valore, senza di cui l'esperienza giuridica diviene cieca, non è più se stessa»*³. Quali fossero poi i destinatari dell'attacco netto era ben chiaro al filosofo del diritto trevigiano: *«Nessun elemento è forse più rivelatore, a questo proposito, del carattere puramente strumentale che il diritto ha assunto nella società moderna. Quasi completamente appoggiato allo stato o, meglio, alle mutevoli e troppo spesso irresponsabili volontà che, attraverso il mito dello stato, si esprimono dominatrici della vita sociale, quel diritto che altra volta era stato scultoreamente definito come ars boni et aequi si è andato sempre più riducendo ad uno strumento per fini estranei al proprio contenuto, se non addirittura ad un mero strumento di potere. La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua validità, l'unico criterio della sua giuridicità e per questa via esso è divenuto l'indispensabile strumento per realizzare, perpetuare e giustificare la volontà dominante, per piegare e dirigere l'azione verso qualsiasi avventura, per assicurare validità oggettiva allo stesso arbitrio»*⁴.

Volontà statuale che viene quasi elemosinata (dal legislatore più o meno democratico) al leguleio di turno, talvolta, in merce di scambio per la c.d. “certezza” del diritto, che se è certezza non è di sicuro giuridica, ma al più politico-istituzionale e così, democraticamente, eternamente cangiante per quanto riguarda l'ordinamento seco-

(²) Cfr. sul punto F. GENTILE, *Ricordo di Enrico Opocher*, Istituto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia 2006.

(³) E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Cedam, Padova 1950, I, p.182.

(⁴) *Op. cit.*, p.181.

lare (invero il principio maggioritario prende sempre maggiori spazi anche nell'ordinamento canonico ma questo è un tema che va oltre lo spazio concesso in questa sede e le capacità presenti).

Si tratta(va) di una rappresentazione acre (e non meno reale per questo) svolta da Opocher settanta anni fa (e tutta attuale) del vero vulnus del diritto contemporaneo ovvero l'assunto (mai dimostrato) per il quale *«La sua dipendenza diretta o indiretta dalla volontà statuale, ossia la sua forma positiva, pur necessaria a garantirne la certezza, è diventata l'unico titolo della sua validità di un determinato ordinamento giuridico, il senso della loro verità necessariamente si oscura, si relativizza, si dissolve nel gioco delle forze storiche. La legalità diviene il mero riconoscimento del fatto compiuto, il segno del prevalere di questa o quella forza sociale. (...) Il passaggio dal concettualismo al realismo o, se si vuole, dal normativismo puro all'istituzionalismo è esiziale per l'affermazione della verità giuridica, nel campo della scienza del diritto»*⁵.

Forma positiva come “unico titolo della validità” del diritto, “pur necessaria a garantirne la certezza”. Garanzia invero debole, quando non inesistente, proprio perché poggiante sul solo *positum*. Questo vale soprattutto per il contemporaneo diritto secolare e ovviamente ha diretta influenza anche per il diritto canonico.

Diritto positivo (“legge”) operativamente utile a costituire “certezze” e assicurare “affidamento”, in virtù di quello che sempre Opocher definisce il *«laicismo giuridico, ossia la pretesa di isolare l'esperienza giuridica dalla complessa trama dei problemi, delle istanze, delle certezze implicite nell'azione (...). Giacché il laicismo giuridico esclude di per sé ogni possibilità di cogliere nella sua concretezza la verità giuridica, implica una rinuncia alla consapevolezza di questa verità, porta, se spinto fino alle sue estreme conseguenze, all'inaudita pretesa di guidare e garantire l'azione, prescindendo dalla sua stessa verità»*⁶. E si noti come “laicismo giuridico” altro non fosse che il termine contemporaneo dell'odierno “nichilismo giuridico”.

Attraverso il significato di tale endiadi occorre dunque passare per proseguire opportunamente la presente disamina.

⁽⁵⁾ *Op. cit.*, p. 185.

⁽⁶⁾ *Op. cit.*, pp. 188 e 189 *passim*.

III. Nichilismo giuridico: origine classica e plurale identità.

Il fenomeno del nichilismo giuridico, pace Opocher e i suoi inattesi stimoli anticipatori, non risulta invero essere mai stato compiutamente analizzato, ma è foriero di evocazioni suggestive «*nel sentire comune del giurista non specialista di teoria generale*»⁷ ed è divenuta una espressione corrente cui spesso non si è in grado di associare una identità univoca.

Se, difatti, la questione in sé sul “nulla” ha la stessa età del pensiero umano, visto che almeno da Parmenide si possono declinare studi sul “tramonto dell’essere” (Severino), il nichilismo è stato artatamente plasmato in modi tanto diversi da evocare consistenti contrapposizioni, come già confermato da Junger col suo «*il nichilismo appartiene oggi ai concetti confusi e controversi?*»⁸. Sull’oggi, poi, il nichilismo viene giustificato dal dilagare della “tecnica” (M. Heidegger-M. Gentile) e però l’origine del suo affermarsi viene, a seconda degli studiosi, versata sull’aver posto al centro il (solo) soggetto o, al contrario, l’aver dimenticato l’essenza del soggetto.

Ben prima di Nietzsche, già Jacobi aveva recuperato il paradigma ondivago del nichilismo (per criticare l’idealismo)⁹ senza essere in grado di configurarne i contorni ad avendo l’obiettivo immediato di ripristinare una ragione che è insieme intuizione razionale e dato di fede.

Da allora, nella plurale temperie di significati assegnatigli, il nichilismo è stato da alcuni individuato come connotato specifico della condizione contemporanea in cui “*la questione del senso diviene senza senso*”¹⁰ e così l’essere umano verserebbe la propria esistenza avviluppato nel pulsare dell’esperienza che lo coinvolge in termini passivi a

(⁷) Acute le riflessioni svolte da R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all’inizio del nuovo secolo*, in *Rivista di Diritto civile*, 2005, 4, pp. 438 e ss.; vedasi pure l’analisi di F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, 1, pp. 19 e ss..

(⁸) E. JÜNGER-M. HEIDEGGER, *Oltre la linea (1949-1955)*, Adelphi, Milano 2004, p. 56.

(⁹) F.H. JACOBI, *Fede e nichilismo*, tr. it., Morcelliana, Brescia 2001.

(¹⁰) B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista. Il nichilismo perfetto*, Giappichelli, Torino 2006, p. 8.

tal punto da travolgerne l'antropologia consapevoli che *«non occorre essere nietzscheani per riconoscere che il (...) fantasma del nichilismo si aggira un po' ovunque nella cultura del nostro tempo»*¹¹.

La conseguenza di tale sconvolgimento configurerebbe perfino un esonero dal principio di responsabilità, dato che un individuo che non decide in libertà è *«condannato ad una beffarda condizione di innocenza»*¹², dove l'individuo sarebbe ridotto a entità biotecnico-informazionale e così si realizzerebbe la profezia palesata dall'annunciatore della aporetica "morte di dio", per il quale *«è possibile sconvolgere la giustizia del mondo con la teoria della totale irresponsabilità e innocenza di ognuno»*¹³.

Proprio lungo il binario della paventata mancanza di responsabilità del soggetto, riteniamo utile analizzare il fenomeno alla ricerca della "certezza" del diritto concentrando l'attenzione sul "nichilismo giuridico ontologico", oggetto di maggiore attenzione nella penisola italiana rispetto al c.d. "nichilismo giuridico cognitivo" di matrice nordamericana¹⁴, apprendiamo non senza un senso primigenio di agonia il suo portato di *«ricavare le cose dal niente»* e *«riportarle al niente»*¹⁵, afferrando in toto la dinamica del *«più inquietante tra tutti gli ospiti»*¹⁶.

La perdita di senso e del sé compromette non poco la sempiterna concezione del diritto come fenomeno umano e sociale che preesiste alla legge (e allo stato).

Se seguissimo il latore più noto del nichilismo giuridico italiano (il già citato Natalino Irti) dovremmo apprendere che *«l'unica superstite razionalità riguarda il funzionamento delle procedure generatrici di norme»* e che *«la validità non discende più da un contenuto, che sor-*

(¹¹) F. VOLPI, *Il nichilismo*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 173.

(¹²) A. PUNZI, *Esiste una via d'uscita dal nichilismo? In dialogo con Bruno Romano e Natalino Irti*, in *I-Lex*, 11, 2010, p. 441 ed ancora A. PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?*, in *RIFD – Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4, 2004.

(¹³) F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano*, tr.it., Newton Compton, Roma 1979, p. 177.

(¹⁴) Mutuiamo la classificazione così come offerta in M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 181 ss..

(¹⁵) N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001, *passim*.

(¹⁶) F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, tr.it., Mimesis, Milano 2005, p. 7.

*regga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento*¹⁷. L'attenzione si focalizza sul rispetto delle procedure di formazione o di produzione delle norme a guisa di una catena di montaggio dentro i cui angusti spazi incastrare l'universo dell'esperienza comune umana.

Approfondiamo il tema per il quale il diritto secolare (positivo) moderno vaghi oggi nell'indifferenza contenutistica poichè non dice (*e men che meno impone*) agli uomini cosa debbono fare (*mercè pure l'ipotetica assenza di responsabilità*), ma prescrive soltanto il modo in cui possono fare ciò che vogliono. Tale impostazione non scalfisce in alcun modo la critica di von Kirchmann circa l'essenza del diritto come scienza umana, visto che l'indifferenza dei contenuti non varia in modo alcuno la cedibilità degli stessi a seconda delle loro vicende lungo le categorie di spazio/tempo.

Facendo richiamo alla "dannosità della legge positiva", alla "casualità o arbitrarietà del diritto *positum*" e alle "istituzioni sorte spontaneamente", finanche già il Leoni si accostava¹⁸, al problema della certezza del diritto attraverso l'esame delle argomen-

(¹⁷) N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 8. Vedasi pure il più recente N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007.

(¹⁸) Il giusfilosofo torinese sarà in grado di affrontare questi temi (ed in particolare quelli attinenti ad una impostazione evoluzionistica del diritto e dell'ordinamento giuridico) con maggiore vigore teoretico dopo aver incontrato la Scuola Austriaca. Anche questo elemento appalesa la tesi già sostenuta per la quale la "scoperta" del concetto, ad esempio, di "pretesa" avviene sin dal principio della ricerca leoniana e l'incontro con altri studiosi permette solo al Leoni di riconoscerne la profonda valenza. Analizzando i suoi primi scritti tali tematiche occupano i suoi studi soprattutto al fine di sviscerare la problematica sottesa ad una ipotetica conoscenza scientifica dell'oggetto del diritto e della imperitura incapacità della scienza di analizzare l'intera multiformità dell'esperienza giuridica facendo riferimento alla sola legge posta dal sovrano. Anche qui, sin dai primi studi, si palesa la sua prospettiva di ricerca fortemente avviluppata alla qualificazione "razionale/irrazionale" dell'universo giuridico. In particolare, interessante per quanto già espresso, il passo in cui il Leoni propone una prima *pars construens* affermando che oggetto della giurisprudenza dovrebbe essere «il complesso di rapporti che sorgono, si sviluppano *spontaneamente* nel popolo e si realizzano nella sfera di ogni singolo come "*diritto naturale*"» (ID., *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, in *RIFD – Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 1940, p. 21, *corsivo nostro*).

tazioni che nella sua più celebre opera, quasi un secolo prima, proprio Julius von Kirchmann svolse in *“Il valore scientifico della giurisprudenza”*¹⁹.

Se si contrappongono le norme (contenuto) alle (norme delle) procedure con cui esse vengono poste, i valori giuridici sussisterebbero (solamente) nel regolare funzionamento delle procedure produttive, ritenute (da chi?) adeguate ad accogliere e digerire giuridicamente qualsiasi contenuto, si comprende che le norme e le relative procedure costituiscono per i latori del nichilismo giuridico ontologico entità diverse, come lo sono l'acqua potabile e gli impianti per distribuirla agli utenti.

Purtroppo, come è stato ben rilevato, tale costruzione teorica è aporetica visto che le procedure non hanno natura diversa dalla norme da esse (im)poste, poiché anche le prime sono (semplici) norme foriere di contenuti diversi, quando addirittura incompatibili, tra loro, la cui scelta non è basata su elementi procedurali (l'ipotetica procedura della procedura) ma sostanziali.

In effetti, così pare franare rovinosamente l'illusione di riconoscere la salvezza del diritto nelle procedure di formazione delle leggi. Inoltre, l'illusione nichilistica precipita non solo a causa delle aporie interne ma anche nel confronto dell'esperienza quotidiana almeno per due profili.

⁽¹⁹⁾ Famosa la sua sentenza per la quale «i giuristi, per opera della legge positiva, sono divenuti dei vermi che vivono soltanto del legno fradicio (...). In quanto la scienza fa suo oggetto il contingente, diviene essa medesima contingenza; tre parole innovatrici del legislatore, ed intere biblioteche divengono carta da macero». J.H. von KIRCHMANN, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, tr. it., Giuffrè, Milano 1964, p. 12. In questo atto d'accusa è oltremodo evidente che l'autore non imputa ai giuristi la mancanza di scientificità, per cui non è colpa, o merito, dei giuristi la constatazione che di scienza non si possa disquisire in ambito giuridico. La contingenza del sapere è insita negli stessi elementi con i quali tale disciplina viene a costituirsi. I suoi più espliciti *argumenta* si focalizzano sulla intrinseca mutevolezza del diritto, sull'inevitabile incidenza delle passioni soggettive, sul necessario vincolo della legge e sulla conseguente impossibilità di un vero sviluppo tecnico. Cfr., inoltre, ID., *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza in Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., p. 9, secondo cui «la terra gira intorno al sole ancora oggi come migliaia di anni fa» cosicché «le leggi e le forze della loro natura (...) sono (...) per il presente così vere come per il passato e rimangono vere per tutto l'avvenire». Altrimenti per la giurisprudenza, che (p. 12) «a causa della mutabilità del suo oggetto, è onerata da un enorme bagaglio».

In primo luogo, i novelli forieri del nichilismo giuridico paiono indossare delle lenti statualistiche tramite le quali leggere il diritto (solo) come prodotto dell'autorità pubblica, quando invece (oggi come ieri) il diritto emerge anche dalla decisione sul caso singolo come pure (oggi più di ieri) dal ragionamento di professionisti che forniscono elementi e criteri di un buon accordo tra le parti (private). E così i critici del nichilismo giuridico hanno già evidenziato la decostruzione del metodo formalista di formazione del diritto a vantaggio di un insieme di decisioni che svilupperebbero ciò che è diritto dal singolo caso concreto e emergerebbero dalla (potenzialmente irrazionale) "prudenza" dello *index* di turno.

In secondo luogo, se il manovale del diritto contemporaneo (consulente, avvocato, giudice) potesse esprimere quanto le proprie orecchie accolgono quotidianamente raffigurerebbe i tratteggi balbuzienti di un affresco antitetico a quello nichilista e che pare rinvenga una propria descrizione nella cornice romana del giuridico come *ars boni et aequi*. Una cornice al cui interno il quadro è in eterno divenire, misto di passioni e condizioni, limiti umani e pretese sovraumane, ma sempre un diritto compreso nell'esperienza reale dove il creditore pretende davvero il *sum* come lo pretendeva Aulus Agerius e come lo pretenderà suo pronipote nell'avvenire, dove chi subisce un torto chiede ragione e ristoro, dove chi acquista un bene pretende sia privo di vizi, dove – in sum – oltre alla volontà subentra la ragione.

IV. Declino della legge positiva: ritorno alla ragione della prudenza sul caso singolo?

In realtà, volendo finanche dar conto degli accenni di riflessione posti in essere dai teorici del nichilismo giuridico non è stato, finora, posto adeguatamente l'accento al monito incarnato nello stesso e relativo alla scommessa sulla ragione umana e sulla forza ordinatrice che dalla stessa deriva alla volontà umana.

Difatti, bisogna ammettere che il nichilismo giuridico si palesa attento alle istituzioni, anche perché nel suo essere espressione ultima del relativismo possiede quasi una implicita consapevolezza della fragilità dei vecchi (e forse ingenui) oggettivismi, ma non esclude l'avvento di nuovi punti fermi credibili (su tema della "credenza" torneremo *infra*) lungo i cui sviluppi potrebbe procedere la riflessione giuridica, una volta abbandonata l'illusione del "salvagente" nichilista.

Come già anticipato, nell'esaminare le varie e molteplici teorizzazioni del nichilismo giuridico ontologico, si percepisce una certa distanza dalla realtà e dai suoi dati, dalle pretese espresse dai soggetti giuridici, dai soggetti umani.

Se si volge l'attenzione alla pretesa di "giustizia" che pulsa quotidianamente nello sguardo del cittadino di Venezia come di quello di New York, di Brasilia come di Pechino, pare doveroso verificare la esigenza di razionalità che la risposta pretesa da questi occhi spesso lucidi. Esigenza cui già oggi (è bene dirlo) corrisponde già una serie di idee come risposta, replica ad una esigenza talmente diffusa da poter essere sacrificata sull'altare del nichilismo giuridico.

Serie di idee che vanno oltre il passatempo, tutto contemporaneo, di riconoscere nel dialogo post-ideologico la cifra dell'essere umano. D'altra parte tale «capacità [di conversare] presuppone un'esperienza degna di essere comunicata, libertà di espressione, indipendenza e rapporto nello stesso tempo»²⁰. In fin dei conti, gli odierni alfieri del nichilismo giuridico esprimono tale considerazione senza mezzi termini evidenziando come, oggi, «il dialogo degrada a pura forma, riempibile di qualunque contenuto»²¹. Di conseguenza, il confronto dialogico (anche politico e giuridico, ma non solo), richiamato da più parti quale difesa contro irrazionalità e intolleranza, si tramuta in pratica conversazionale, eventualmente purificata dal *politically correct*, azione con valenza pragmatica, al più teatrale e priva di capacità/competenza giustificativa. Su questo tragitto, è facile giungere al

(²⁰) T.W. ADORNO, *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, tr.it., Einaudi, Torino 1994, p. 159.

(²¹) N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 24.

termine del binario morto per il quale *«la legalità/legittimità, fondata sul pragmatismo, è povera di durata temporale e di capacità persuasiva. Persuade qui ed ora; dura qui ed ora. Un mezzo congegno procedurale, funzionante mercè il calcolo dei voti, non esige, né può esigere, fedeltà e lealtà»*²².

Una possibile emersione dal pelago del dialogo indifferente al respiro del contenuto è sempre agevolata tramite la riabilitazione della forza persuasiva della ragione, tramite il logos.

Se si volge ancora una volta lo sguardo al pulsare dell'esperienza giuridica quotidiana, non è difatti constatabile, come affermano i latori del nichilismo giuridico, una "indifferenza contenutistica" delle norme, come pure la già riferita "neutralità delle procedure rispetto alle materie che vi sono immesse". Difatti, al legislatore raffigurato come novella divinità cui attribuire l'onnipotenza garantita dall'asserita indifferenza contenutistica delle norme, non è tutt'oggi in grado di scalfire anche solo i concetti elementari del *bonum et aequum*, come, ad esempio, escludere il pagamento di un prezzo nella compravendita di un bene, o eliminare le responsabilità assunte in un contratto, etc. Inoltre all'essere umano viene sempre alla mente il fatto incontrovertibile che il c.d. "universo" giuridico non comprende l'universo, ma al contrario quello giuridico è una, tra le varie, espressioni del secondo. La chiave di volta per affrontare l'esistenza entro questi "due" universi risiede nella capacità di discernimento, nel tentativo (sempre limitato) di comprensione razionale.

Svolto questo ragionamento volto ad evidenziare le aporie del nichilismo giuridico ontologico grazie al recupero del logos non possiamo illuderci di recuperarne il magistero classico senza assumere la condizione in cui lo stesso oggi è declinato. Difatti, il (solo) logos oggi esercitato (*magari costretto nel novello letto di Procuste degli slogan urlati*), dopo aver vissuto l'epoca dei sospetti e sperimentato il tritacarne della decostruzione, rischia di essere ridotto a banale "conversazione" (*da bar, da salotto, dal talk*

(²²) *Idem*, p. 48.

show, da parlamento o da tribunale, a seconda dei casi). Ecco perché al logos contemporaneo riteniamo sempre più necessario (ri)connettere un “credo” affinché il diritto quale *ars* resti pure un artificio (umano) ma permetta di inserirsi in una prospettiva che all’umano indichi un fine oltre al mezzo della tecnica, dando pure per riconosciuta la crisi delle credenze che sostengano il “perché” del vissuto individuale e comunitario. 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*»²³.

In sunto, se il nichilismo giuridico, come abbiamo tentato di esplicitare, non è in grado di spiegare l’universo giuridico, pare oggi comunque intenzionato, malgrado le sue aporie, di avviluppare le istituzioni giuridiche, che si paleserebbero incapaci di spingersi oltre il contingente, proprio perché in loro risulta assente una visione teleologica del tempo e dell’esistenza. È però la forma (come la tecnica legislativa finanche indirizzata al raggiungimento della “certezza” e alla garanzia del “l’affidamento”) “*non indica, né vuole, né può indicare un vero fine*” perché anche in questa contingenza riacquista attualità «*la prima formulazione dell’umanesimo, quella che Platone opponeva all’utilitarismo volgare e all’utilitarismo sofistico, affermando che l’uomo è, sí, passione dell’utile, ma è, in primo luogo, comprensione e volizione del bene. Utile è, difatti, ciò che vale come mezzo è strumento ad altro, bene è ciò che vale per sé*»²⁴.

Ecco che il motivo dell’aver immerso il giuridico nel vortice aporetico del nichilismo (che pretende che il nulla del contenuto possa aggrapparsi all’ancora/ salvagente di una forma anche essa variabile e sostituibile e quindi nullificabile) potrebbe rinvenirsi in ultima istanza nella opzione (volontaristica) di separare il discorso politico dalla questione religiosa²⁵.

⁽²³⁾ M. GENTILE, *Umanesimo e tecnica*, I.P.L., Milano 1943, p. 175.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ Aderendo così alla tesi di A. PUNZI, *Esiste una via d’uscita dal nichilismo?*, cit., p. 451.

Separazione che peraltro non è possibile nemmeno raggiungere, salvo suddividere in tanti enti diversi e distinti lo stesso “anthropos” come han già dimostrato il liberalismo, il marxismo e non ultimo lo stesso nichilismo, i quali hanno riconosciuto la propria definizione in modo dialettico con l’antropologia religiosa (cristiana, soprattutto).

Perché, in definitiva, non è possibile concepire come separati la norma giuridica e il soggetto che l’ha formulata e che alla stessa è chiamato ad obbedire; come nemmeno è dato dichiarare influente rispetto allo svolgersi del diritto della coscienza dell’individuo.

V. Esperienza comune nella prudenza del giurista.

È utile osservare che la questione dell’autenticità dell’esperienza giuridica può ragionevolmente costituire il riferimento principale per una riflessione sul carattere storico e contingente del diritto secolare o, viceversa, sulla sua sostanziale natura trascendentale e necessaria.

Solo conseguentemente a quella che può dirsi una vera scelta di campo, la giuridicità può essere identificata come una pura regolamentazione eteronoma, qualcosa che si cala sul soggetto dall’*esterno* e che condiziona il suo agire e le sue possibilità relazionali; oppure come una caratteristica che procede dall’autonomia propria di ogni essere umano e dalle relazioni che si instaurano grazie alla presenza di soggetti autonomi.

Secondo la prima impostazione, la libera attività personale, dimensione davvero autentica della soggettività, sarebbe pertanto artificialmente sottoposta ad una serie di vincoli esterni che, per varie ragioni operativamente perfino comprensibili, costituirebbero un sistema sanzionatorio e repressivo socialmente importante ma, certamente, non autentico. In conseguenza di quella che potremmo chiamare “inautenticità”, dunque, il diritto dovrebbe continuamente giustificarsi mediante una dimo-

strazione di conformità ad una dimensione fondativa, quale l'utilità sociale o economica o morale, della volontà sovrana, una procedura di determinazione di esso accettata dai destinatari delle norme, e così via, ma non potrebbe in alcun modo rivendicare un carattere esistenzialmente autentico, anzi sfigurerebbe la stessa esperienza giuridica in qualche accidente (solo eventuale).

Ditalché la norma giuridica contemporanea diviene la fonte di una dimensione *virtuale* della stessa esistenza umana; la sorgente di una modalità relazionale anche utile ma priva, in sé, di autonoma giustificazione (e autenticità). L'uomo "autentico" non sarebbe insomma l'*homo juridicus*, né la normatività, e meno che mai la normatività giuridica, potrebbe pretendere di essere ritenuta in qualche modo *naturale*. La naturalità implicherebbe proprio quella dimensione che al diritto si pretende, oggi, di negare ricercandone proprio il fondamento "scientifico" alla manifestazione della volontà desiderante dell'uomo; il diritto in quanto forma specifica della normatività insomma non sarebbe una modalità autentica dell'esperienza umana, ma semplicemente una applicazione tecnica determinata dalle necessità dei gruppi sociali più complessi, e che pertanto dovrebbe, da un lato, restringersi il più possibile, lasciando spazio ad altre modalità di gestione e disciplina delle relazioni (qualificate come maggiormente autentiche), ma soprattutto dovrebbe assecondare il più possibile le pretese soggettive, vere manifestazioni della libertà del singolo soggetto giuridico²⁶.

Insomma, 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: la gestione di una società complessa, il mantenimento del potere e del controllo da parte di un soggetto (o di un gruppo) sugli altri, l'accrescimento della potenza esterna, l'efficiente ripartizione delle risorse, e così via; ed è evidente che, mutando il fine, cambierà non soltanto il mezzo, ovvero le concrete modalità attraverso le quali il diritto cercherà di garantirlo, ma anche il valore e il grado di accettabilità di tale *inan-*

²⁶ Il tema, qui solo accennato, meriterebbe una più approfondita riflessione che la brevità della presente disamina non concede.

tentiva ma operativa normatività.

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

La logica dell'antigiuridismo contemporaneo²⁷, paradossalmente, muovendo da un originario rifiuto della normatività, nel senso di un denegato riconoscimento delle strutture normative intrinseche alle relazioni umane, non porta però solamente ad un'assolutizzazione della soggettività anarchica, all'individualismo e alla conseguente rivendicazione del relativismo assiologico; la perdita di importanza della normatività "interna", infatti, determina una situazione in cui il diritto risulta accettabile dai destinatari solo in quanto corrispondente al "loro" desiderio, alla "loro" prospettiva assiologica, alla "loro" utilità personale, solo in quanto cioè i contenuti normativi possono essere avvalorati dall'orientamento specifico di chi li assume come regola della propria azione. Ma ciò, come è stato già notato e studiato, ha portato all'esaltazione contemporanea di una certa concezione del *diritto* come *pretesa*²⁸, ovvero dell'idea che il diritto, a causa della sua inautenticità esistenziale, non debba fare altro che offrire riconoscimento e tutela alla spontanea e immediata manifestazione della libertà e delle pretese del soggetto; con il che, tuttavia, si è prodotto un continuo 'inseguimento' delle pretese soggettive da parte dell'ordinamento, che ha dato

²⁷ Sul tema dell'antigiuridismo contemporaneo si veda, *inter alios*, S. COTTA, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, L. U. Japadre Editore, L'Aquila, 1978; sul nesso tra antigiuridismo, secolarizzazione e libertinismo si vedano F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Jaca Book, Milano, 1999.

²⁸ Concetto quello di "pretesa" che in ambito giuridico italiano ha avuto tra i suoi più qualificati propugnatori Bruno LEONI (cfr., *inter alios*, ID., *Freedom and the Law*, III ed. foreword by A. Kemp, Liberty Fund, Indianapolis 1991; nonché ID., *Law as Claim of the Individual*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 45-58).

vita a quel fenomeno di giuridificazione²⁹ in cui l'intervento del legislatore è invocato per disciplinare un insieme di esperienze umane non standardizzabili (anzi: significative proprio in quanto non tipizzabili), trasformando indebitamente in giuridicamente *tipico* ciò che invece non può che essere autonomamente personale e irripetibile. In altre parole, a fronte di una progressiva riduzione della normatività "interna", e dunque della rivendicazione di una sempre maggiore anomia della vita privata e personale, si espande a dismisura la normatività "esterna", penetrando in ambiti che non possono che essere considerati giuridicamente irrilevanti. Da tale impostazione, si ritiene, emerge la confusione circa la scientificità del diritto presente nel secolo scorso, ma non solo. Difatti, come potrebbe uno scienziato essere a proprio agio in una situazione in cui il proprio oggetto di studio non ha alternativa altra che essere cangiante ogni qual volta il desiderio dell'individuo "vuole" e, soprattutto, ottiene riconoscimento (formale) del "suo" stesso desiderio.

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

In tal senso allora potremmo concordare nel qualificare la scienza del diritto, in particolar modo al momento attuale, come una *scienza sistematica*³⁰, dove per tale si intende una teoria del diritto, un sistema che permetta al giurista di ricondurre ad unità il complesso panorama normativo con l'occhio rivolto sempre alla non dominabile

²⁹ Su cui J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Bari, 1987, 357. Sul tema anche S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991, 42.

³⁰ Abbiamo mutuato il giudizio di S. COTTA, *Il valore del sistema*, in *Diritto e Società*, 1984, 402.

esperienza umana. Rendendo ragione così al dato di fatto per il quale nella società contemporanea, dove a venir meno è addirittura parte del materiale d'indagine della scienza giuridica, ovverosia il diritto³¹, la funzione della giurisprudenza deve consistere nel rappresentare un sapere rigoroso che incarni il desiderio di conoscere la realtà (dei fatti e dell'esperienza delle singole persone nella loro vita quotidiana).

Quanto affermato peraltro, risulta essere un saggio recupero del magistero platonico. Nel dialogo che Platone dedica alle questioni inerenti (anche) alla scienza del diritto, infatti, egli applica alla teoria della legislazione la sua dottrina dell'etica e della politica come sapienza e scienza regia. La principale deduzione che se ne può trarre, se non erriamo, è un ruolo subordinato delle leggi positive umane, per loro natura generiche ed approssimative, rispetto alle direttive che possono scaturire dall'applicazione della rigorosa scienza pratica alla singola circostanza-condotta 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"*³². Lo stesso Platone, acuto osservatore della realtà quotidiana, si trova però a calmierare la teoria con l'esperienza umana e ammettere così la, soltanto relativa, utilità di norme gene-

³¹ Vedasi nuovamente S. COTTA, *Il valore del sistema*, cit., 399, dove l'Autore afferma che, a causa della ipertrofia legislativa, "l'oggetto diritto sta diventando un oggetto *misterioso*". Stesso appellativo è utilizzato per descrivere, criticandolo, il sistema legislativo a tutela dei diritti umani, da F. GENTILE, *La selva dei diritti dell'uomo*, in *Intelligenza politica e Ragion di stato*, Milano, 1984, 73-96.

³² Cfr. PLATONE, *Politico*, cit. 294 a-b. Ivi, Platone aggiunge "le differenze degli uomini e delle azioni, e il fatto che, per così dire, mai nessuna delle cose umane è immobile in riposo, non permettono che una qualunque arte in nessuna occasione enunci una norma semplice e valida in ogni caso e per ogni tempo". Proprio per il fatto che l'uomo può attingere alla prudenza regia solo tramite mediazioni successive e sempre provvisorie, appare il ruolo della legge, la quale, con la sua fissità, indi *positività*, che lo fa rassomigliare "ad un uomo prepotente e ignorante, che a nessuno permette di fare qualcosa contro i suoi ordini" (*Politico*, 294-c) consente agli uomini in società di praticare "quella suprema forma di giustizia che si accompagna con l'intelligenza e la ragione, che non soltanto li protegge, ma da peggiori che erano li fa diventare (...) migliori".

rali, regole pratiche che valgono (solo) nella maggior parte dei casi. È indubbio che *“se, per una sorte divina, un uomo generato con una natura adeguata fosse capace di comprendere”* la prevalenza dell’interesse comune su quello individuale, *“egli non avrebbe bisogno di leggi che lo governino. Nessuna legge e nessun ordinamento, infatti, è più forte della scienza”*³³. Invero la situazione dei singoli soggetti giuridici risulta molto distante da questa ipotesi di divina onniscienza etica, e non resta che accontentarsi di leggi imperfette con l’imperativo, diremmo categorico, di rimanere vigili acciocché tale misera soddisfazione contingente non valga come trascendente e la libertà dell’umano agire venga troppo compressa, se non addirittura irrimediabilmente compromessa³⁴.

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

³³ Cfr. PLATONE, *Leggi*, cit., IX, 875c-d. (il corsivo è nostro).

³⁴ Interessanti, in questo senso, le note critiche che il Grossi riesce a far emergere nel capitolo circa *“Ripensamenti e rinnovamenti dottrinali degli anni trenta”*, in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 236 ove si legge: “La visione individualistica del contratto era in crisi da tempo (...) e comincia a maturare la innovativa riflessione di Emilio Betti sul tema generale del negozio giuridico (...) come regolamentazione di interessi socialmente rilevanti” costituendo “il tentativo riuscito di superare il principio della sovranità dell’individuo in nome di un più comprensivo ideale di solidarietà sociale, designando una autonomia privata che non si esaurisce in un fatto psicologico individuale, che attiene invece alla vita di relazione”. Di seguito il Grossi, provocatoriamente, rileva la diatriba sulla natura “contrattuale” del c.d. “contratto collettivo” mutuando il giudizio in tema di Francesco Carnelutti “Insomma il contratto, diventando collettivo resta ancora un contratto?” e proseguendo “giacché il contratto collettivo, contratto normativo, da quell’autocomando che sembra essere la quiddità di ogni fattispecie contrattuale, si è cambiata in un eterocomando” (cfr. ID., *op. cit.*, 237-238).

pretesa di compiutezza configurandosi come scientismo e tecnicismo, che è come asserire che la scienza, nel senso alto del termine, si sia ridotta a tecnica.

In questo letto di Procuste si stendono, riteniamo, molte delle problematiche insite nella ripresa pastorale (e dottrinale) dell'Esortazione *Amoris Laetitia*.

Nel diritto secolare, oggi, al giurista, perduta oramai quella scientifica, nel suo essere interprete e classificatore, non resta che ritornare all'essenza problematica della filosofia, se non vuole concludere la propria attività nella torre eburnea delle mere forme e adeguare il concetto di "regola di condotta" a quello di "norma positiva del sovrano".

Ritornando ai classici, *"un conto è la facoltà del parlare e un altro le cose dette; un conto è la vista e un altro le realtà viste; un conto l'udito e un altro quel che si ode e, infine, una cosa è la legge e un'altra le norme stabilite (...) dunque la legge non coincide con le norme sancite per legge"*³⁵; il diritto *tout court*, quindi, non è quello positivo, anzi, spetta allo scienziato del diritto, in specie al giudice civile munito di incedere filosoficamente problematico, determinare il *suum cuique tribuere*, ossia ciò che il singolo in comunità *desidera* dalla scienza del diritto, senza per questo cedere alle derive anarchiche di cui si è già detto, perché consapevoli che la regola (sia essa legge, consuetudine, uso, ecc.) non deve essere "posto", ma trovato, "inventato" appunto.

VI. Conclusione. Oltre le inefficienze della legge, prudentia tra "tecnica" e "consiglio".

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 costituisca un fenomeno essenzialmente umano e razionale³⁶. Nel mentre tocca sempre

³⁵ PLATONE, *Minosse*, 313c-314b, trad. it. di R. Radice, in *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, cit., 1437.

³⁶ Cfr. quanto afferma circa la razionalità del diritto e alcune sue interpretazioni uno dei più acuti filosofi del diritto italiani, purtroppo deceduto prematuramente: L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, pp. 40-58.

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 tecnica³⁷. 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 odierna³⁸, 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*»³⁹.

"Sapere ordinante" e "scorie contingenti" si ergono quindi come i due fuochi dell'ellissi di un confronto inevitabile, anzi necessitato dall'esperienza stessa dove la "tecnica", più ancora che lo scientismo, pervade le strutture concettuali stesse del diritto e sembra dotarle delle stesse caratteristiche che sono (ormai) proprie del tecnicismo di matrice scientifico-galileiana. D'altronde, non possiamo non dirci comunque sereni nell'affrontare temi di tale importanza sol se teniamo a mente una premessa fonda-

(³⁷) Cfr., *inter alios*, N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001.

(³⁸) Vedansi, a guisa di prosecuzione anche della disamina di L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., *passim*, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2004; ID., *Scienza giuridica senza giurista*, cit.; nonché il già a tutti noto N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit..

(³⁹) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 281.

mentale ad ogni discorso sulla “tecnica” (anche nel diritto), che è quella fornita dal Maestro della Scuola patavina di filosofia, ovvero di Marino Gentile che ammoniva: *«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»*⁴⁰.

Dalla disamina fin qui approntata potrebbe allora trarsi la gelida deduzione, tanto esaltante quanto inquietante, che la tecnica (nel/del diritto), costituisca una sorta di zona franca per l’autonomia del singolo. Difatti, ciascuno non può più essere considerato come persona nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos’altro, decide al posto suo senza dar conto riconosciuto della razionalità delle legge/decisione, ma formulando meri richiami sedicenti giustificativi a tecniche legislative. Nemmeno può dirsi che solo all’interno di una prospettiva eteronomica possiamo ricavare delle regole giuridiche poichè *«nell’espressione autonomia, classicamente, è [già] implicito il concetto di regolarità, quale disposizione del soggetto a seguire una regola»*⁴¹.

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

D’altronde, quanto abbiamo cercato di esporre in merito alla necessaria riflessione “tecnica” nel campo della *Iurisprudencia* 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 di-

⁽⁴⁰⁾ M. GENTILE, *Umanesimo e tecnica*, IPL, Milano 1943, p. 175.

⁽⁴¹⁾ Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2005, p. 37.

spute, difatti, l'opzione *media* per l'autonomia si è palesata sicuramente nei tempi quale strada maestra per il recupero del senso originario e non contingente del diritto, l'intelligenza della giusta misura, l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana, come la "certezza" nel concreto del diritto. Con una endiadi: il *consiglio* nel *giudizio*.

L'affermazione poi del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, non permette di distogliere lo sguardo dalla difficoltà insita nel paradigma (*rectius* nella definizione dei suoi contorni), visto che «dall'autonomia si è posti di fronte al punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica»⁴². Assunto così il giogo della sfida pratica e teoretica all'unisono, ciò non elide in nulla l'affermazione del primato della costitutiva relazionalità soggettiva delle autonomie, la quale delinea una visione del diritto come regola di "certezza" solo nel momento concreto in cui sia regola oggettiva, necessaria, originaria. **Oggettiva**, perché riconosciuta come sussistente indipendentemente dal volere del singolo, che appunto subordina la propria volontà normativa al riconoscimento ermeneutico di un senso intrinseco nella realtà. **Necessaria**, perché tesa a garantire la coesistenza dalle spinte disgreganti e conflittuali natural-

⁽⁴²⁾ F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 225. Circa il rapporto tra Enrico Opocher e il "punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica" Gentile svolge dei tratteggi indelebili nel commemorare il suo Maestro all'Istituto Veneto di Scienze Lettere e Arti in Venezia nell'Adunanza accademica del 18 marzo 2005 (cfr. F. GENTILE, *Enrico Opocher*, in *L'Ircocervo*, n. 1/2005 rinvenibile in www.filosofiadeldiritto.it e poi ripresa pure in «RIFD – Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXXII (2/2005), pp. 215-234. In tale contributo Gentile propone un riordino dell'*excursus* teoretico dell'Opocher e sin dal principio pone in evidenza come la cifra primigenia della ricerca opocheriana verta sul tema della "individualità" così come posto dal Fichte (cui il giusfilosofo trevigiano dedicherà la prima monografia redatta a trent'anni, cfr. E. OPOCHER, *G.A. Fichte e il problema dell'individualità*, Cedam, Padova 1944, ma al cui pensiero Opocher aveva già dedicato due saggi ancora più giovanili) e come interpretato dal Maestro di Opocher, Adolfo Ravà che, suo malgrado a causa delle legge razziali che lo accantonarono nel 1938 in congedo obbligatorio, lasciò in eredità non solo i propri pensieri sull'irrazionalità fichtiana a Enrico Opocher (vedasi come i suoi saggi siano datati *et pour case* nel 1937 e nel 1940) e, suo tramite, al di lui allievo Antonio Negri (cfr. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo*, Cedam, Padova 1962). Ci si permette in questa sede un rinvio per approfondimento a A. FAVARO, *Note d'appunti sull'autonomia del singolo ovvero sul punto più scabroso d'ogni trattazione politico-giuridica*, in F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, ESI, Napoli 2017, pp. 415-455.

mente presenti in essa, e radicate nella libertà che orienta la prassi del singolo. *Originaria*, perché tale dimensione del soggetto umano ha bisogno di una struttura di fondamento all'interno della quale essere garantita nella sua stessa condizione di possibilità, uniformando l'esistenza individuale alla struttura coesistenziale nella quale è costitutivamente calata.