

**FRANCESCO GENTILE E LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE¹:
DALLA DIFFIDENZA ALLA PIENA SINTONIA***

di

Pietro Perlingieri

(Università degli Studi del Sannio)

Abstract

The essay explain the different position of F. Gentile about civil law from his position on the "fattualità" of the law, to the relationship between Legality and Justice and, especially, to the education of the jurist.

SOMMARIO: 1. *Fattualità del diritto.* – 2. *Legalità e giustizia.* – 3. *Dinamicità del sistema ordinamentale.* 4. – *Sistema ordinamentale aperto.* – 5. *Il primato della politica.* – 6. *Rinnovamento dell'ordine giudiziario.* – 7. *L'educazione del giurista.*

1. La storia del mio rapporto umano con Francesco Gentile ha significato paradigmatico nell'approccio allo studio del diritto, caratterizzato dalla convinzione della necessità di un dialogo, opportunamente dialettico, tra il filosofo e il giurista, ispirato dall'"amore del sapere" nel quale, con tanta passione, l'amico filosofo identifica la filosofia².

¹ Versione provvisoria del Contributo che verrà pubblicato negli Atti del Convegno "Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea" (Padova, 22 novembre 2013).

* Un gruppo di giovani dottorandi presso il Dipartimento di Diritto, Economia, *Management* e Metodi quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio, composto da Francesca Carra, Valeria Guida, Antonio Lacatena, Emanuela Prascina, Emilia Pennucci Molinaro, Angelo Rubano, coordinati dalla mia allieva Anna Bizzarro, hanno contribuito alla stesura delle note. Le principali opere di Francesco Gentile,

Sin dalla sua presenza nella Facoltà giuridica napoletana – sono gli anni dal 1980 al 1984 – i nostri colloqui si vanno con reciproca simpatia infittendo e hanno riscontro anche in iniziative corali. Nel 1986, a Benevento in un Convegno, da me voluto, tra filosofi del diritto e civilisti, su *Soggetti e norma, individuo e società*³, Francesco Gentile incentra la sua relazione sulla «controversia»⁴ alle radici della esperienza giuridica ed

ripartite tra loro, sono state lette e collegialmente discusse, in impegnativi incontri seminariali: quelle sulla storicità e sul rapporto filosofia-diritto (A. Bizzarro, A. Lacatena), quelle sulla fattualità (A. Bizzarro, F. Carra, A. Lacatena, E. Prascina), sulla centralità della controversia e sul ruolo della giurisprudenza nella formazione del giurista (F. Carra, E. Pennucci Molinaro, V. Guida, A. Rubano), quelle sul rapporto potere-diritto (V. Guida), quelle sul potere e sul primato della politica, sui diritti e doveri, sull'identità europea e sulla sussidiarietà (F. Carra, E. Prascina) e, infine, quelle sulla legalità, sulla giustizia e sulla giustificazione (F. Carra, V. Guida, E. Pennucci Molinaro). Una discussione appassionata che lascerà una traccia gentiliana nella formazione di questi giovani.

² Sulla centralità del ruolo della filosofia nella formazione e nell'attività del giurista v. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006, p. 7, ove si legge: «la filosofia, in quanto sapere radicalmente problematico, in quanto autentico e non simulato amore del sapere, è la condizione perché si possa esercitare tecnicamente la professione del giurista»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, in "L'Ircocervo", *Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2007, n. 219, p. 1; ID., *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, *ivi*, IV, 2008, p. 1; ID., *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, p. 9 ss., là dove si richiama l'attenzione sulla necessità e sull'importanza della filosofia all'interno della scienza giuridica e sul cammino che ha portato all'introduzione della filosofia del diritto nei piani di studio delle facoltà di giurisprudenza dell'università italiana. Analogamente, P. PERLINGIERI, *Filosofi del diritto e civilisti a confronto*, in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 313 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 7, dove è ribadita la necessità dell'incontro del filosofo e del giurista e, in particolare, «del filosofo del diritto e del civilista». Favorevole al dialogo tra filosofi e giuristi, anche L. BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza (Dialogo tra giurista e filosofo)*, in *Riv. trim.*, 1957, p. 1054 ss. Tuttavia, non mancano perplessità circa la rilevanza della filosofia nella formazione del giurista là dove si evidenzia (N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. dir. pubb.*, 2004, p. 647 ss.) la necessità che «i saperi tecnici, affinché si svolgano con metallica precisione, siano alleggeriti di ogni bagaglio, di ogni peso culturale», proponendo che la filosofia del diritto debba «convertirsi in metodologia dei saperi speciali» e diventare, pertanto, uno strumento che il giurista possa impiegare in funzione pratica e operativa. Quanto, però, alla rilevanza della filosofia sulla politica, v. ID., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.

³ Gli atti del Convegno, svoltosi a Benevento nei giorni 12 e 13 dicembre 1986, sono raccolti nel testo: P. PERLINGIERI (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987.

⁴ F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in *Soggetti e norma, individuo e società*, cit., p. 144, ove il filosofo afferma che «l'ordine della norma, non rileva se non in quanto operante nell'ordinamento della controversia». Sul ruolo della controversia quale "schema" e "misura dialettica" dell'ordinamento giuridico, v. ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 46 ss., secondo il quale il disordine della lite non è un non-ordine oggettivo, ma divergenza tra due vedute dell'ordine, da comporre dialetticamente. L'idea della centralità della controversia e del processo – qualificato quest'ultimo «come schema dell'ordinamento giuridico» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 223) – è mutuata, come lo stesso Autore riconosce, dall'insegnamento della sua Scuola: Giuseppe Capograssi e Enrico Opocher.

invita «a non confondere [...] l'ordine con l'ordinamento⁵ che si è attuato mediante la costruzione artificiale di un sistema»⁶, condividendo esplicitamente lo spunto che «la conoscenza giuridica non è prospettabile mai separata dal fine pratico dell'applicazione e non si considera completa se distinta dall'impatto con il caso concreto, con il fatto storico da regolamentare»⁷. Una piena convergenza con i miei studi, offuscata, tuttavia, da una originaria diffidenza verso la legalità definita costituzionale che da civilista, sin dal 1969⁸, mi sforzo di indicare e di concretizzare. Restano, ed è quel che conta, le sostanziali concordanze metodologiche fondate sull'avversione alle convenzioni geometriche e formalistiche del diritto⁹ e la condivisa rivendicazione che oggetto della interpretazione giuridica non è riducibile al linguaggio¹⁰ delle disposizioni di legge ma deve partire dai fatti¹¹, dalla loro

⁵ Sul punto, si veda il secondo codicillo "Su linguaggio e diritto" in F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 121, nel quale si esamina il rapporto tra ordine e ordinamento, sottolineandone la diversità e, nello stesso tempo, la inevitabile connessione, giacché l'ordinamento è condizione dell'ordine. Tuttavia, ID., *Filosofia*, cit., p. 105 ss., è consapevole della difficoltà di definire in astratto l'ordine e di individuarlo fuori dal concetto di ordinamento. La necessità di distinguere i due concetti è ribadita a proposito del ruolo della legge positiva nella traduzione del conflitto in controversia quando afferma che «ciò che usano i giuristi quando maneggiano il diritto positivo, non è l'ordine, e neppure la fonte dell'ordine, bensì uno strumento per individuare le modalità dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive» (ID., *o.u.c.*, p. 217).

⁶ F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in *Soggetti e norma, individuo e società*, cit., p. 142.

⁷ F. GENTILE, *o.u.c.*, p. 143; ID., *Filosofia*, cit., p. 216 ss., il quale dopo aver manifestato talune iniziali perplessità – specie per ciò che concerne l'utilizzo del termine «applicazione» che evoca nel filosofo l'idea dell'applicazione formale del disposto normativo e, quindi, l'errore di chi considera «la legge applicabile alla lacerazione della lite come un cerotto si applica alla lacerazione della cute» – conviene che «il riferimento al fine pratico è chiarissimo, nel senso che [...] la traduzione del conflitto in controversia non può considerarsi completa se distinta dall'impatto con il caso concreto: è il caso concreto il luogo dove la legge, in quanto strumento, risulta utilizzabile». Ne consegue che «è [...] in tal senso che deve muoversi il discorso, che perciò dovrà abbandonare il calcolo ipotetico-deduttivo della geometria, e misurarsi nel mare aperto dell'esperienza». Così ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 33.

⁸ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 455 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 1 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 808 e nota 2. Auspicano il superamento della contrapposizione tra teoria e pratica del diritto anche: G. GIACOBBE, *La crisi del processo civile: garanzia delle situazioni sostanziali e prospettive di riforma*, in *Legal. giust.*, 1999, p. 274 ss.; F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999, p. 195.

⁹ È una costante dell'insegnamento gentiliano. V., ad esempio, F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 6 ss.; ID., *Filosofia*, p. 113 ss., il quale, dopo aver passato in rassegna le «geometrie legali», le diverse costruzioni dell'ordinamento giuridico fondate sul metodo scientifico, apertamente dichiara il proprio intento di «procedere a mettere in discussione la geometria del diritto, evidenziandone le contraddizioni», avvalendosi a tal fine della figura dell'aporia. Un'aperta critica alle concezioni dell'ordinamento *more geometrico constructo* si rinviene anche in ID., *Legalità*, cit., p. 51 ss.

¹⁰ Sul rapporto tra linguaggio e diritto v. F. GENTILE, *Su linguaggio e diritto*, in ID., *Ordinamento*

problematicità¹², con una necessaria inversione metodologica¹³ secondo il broccardo *ex facto oritur ius*¹⁴. Non, insomma, un diritto come discorso – come si suole dire

giuridico tra virtualità e realtà, cit., p. 121, il quale critica la posizione degli analisti del linguaggio che qualificano la giurisprudenza come “analisi del linguaggio del legislatore”, in quanto limita l’ordinamento ad un uno strumento di mero controllo sociale. Al contrario, per Gentile la giurisprudenza rappresenta, piuttosto, lo strumento nel quale l’ordinamento esprime la sua vitalità e la sua idoneità ad essere momento di comunicazione intersoggettiva, in quanto luogo dove il giurista può comporre la controversia e individuare la regola del caso concreto, riportando il disordine, generato dalla lite, all’ordine. Sull’esigenza di non arrestarsi al dato letterale, P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 275 ss. Per successivi sviluppi ID., *Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317 ss., nonché ID., *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss. In senso analogo: G. D’AMICO, *Complessità e unitarietà nell’ordinamento giuridico nel prisma dell’interpretazione. Il contributo di un Maestro*, in *Corti calabresi*, 2008, p. 657 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 914 ss.; P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 65 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 135 ss. e 185 ss.

¹¹ In F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 48, e in ID., *La controversia alle radici dell’esperienza giuridica*, cit., p. 143, è chiaro che l’opera del giurista non avrebbe possibilità di successo se muovesse dall’identificazione formale della norma con il testo preciso della legge, in quanto essa deve essere collocata nello spazio e nel tempo. Soltanto con la sua collocazione operativa la norma trova la sua ragion d’essere e diventa strumento di composizione della controversia e, quindi, di ordine. A tal proposito F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 49, manifesta adesione alle posizioni da me espresse in *Il diritto civile nella legalità costituzionale* e, in particolare, con l’idea secondo la quale la conoscenza giuridica non possa essere separata dal fine pratico dell’applicazione.

¹² Ugo Pappagallo, allievo di Gentile nella facoltà patavina, ricorda il Maestro e la sua ricerca filosofica scandita per problemi (U. PAPPAGALLO, *Note di appunti su teoria e prassi alle radici della filosofia del diritto in Francesco Gentile*, in F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 181 ss.). Infatti la problematicità per Gentile è il giusto approccio conoscitivo dal quale deve muovere lo studio del giurista ed è emblematico l’invito che rivolge agli allievi del corso, sin dalla prima lezione, quando li esorta a porsi dei problemi per entrare nel terreno che ancora non conoscono al fine di conquistarlo e farlo proprio. (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 3). La «necessità radicale di problematizzazione» si manifesta in chi abbia un abito di meraviglia, di attenzione, di amore per il sapere; la formula del *domandare tutto*, consente di allargare alla totalità l’orizzonte del proprio domandare (ID., *o.u.c.*, p. 196 ss.).

¹³ Ricorrente nell’insegnamento gentiliano è il richiamo al metodo platonico e alla dimostrazione dialettica di derivazione tomistica. A tale approccio Gentile giunge dopo aver denunciato, ancora una volta, l’inadeguatezza del metodo geometrico ipotetico-deduttivo il quale muove da una prospettiva ap problematica della conoscenza. Occorre, invece, assumere la totalità dell’essere come la ragione della propria domanda di conoscenza, osservare le cose con una prospettiva filosofica «riuscire a guardare ogni cosa a partire dal tutto, perché ogni cosa ha senso solo nella totalità: estrapolata è come un gorgo che porta a fondo, travolge, consuma, annulla». Di qui l’approdo al metodo definito dalla «buona regola platonica» con un meccanismo di «continuo transito tra il comune e il diverso». La dialettica non consente di avere in tasca la verità una volta per tutte, ma consente di poterla formulare, mediante il dialogo che rimette in discussione i propri risultati, fino al raggiungimento dell’argomento incontrovertibile (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 197 ss.). Questa prospettiva è presente anche in ID., *Legalità*, cit., p. 61 ss., nonché in ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 34.

¹⁴ Tale formula «autenticamente latina» è utilizzata da Gentile a proposito dell’istituzionalismo di Santi Romano che considera una concezione dell’ordinamento giuridico alternativa a quella normativista e consistente nella riscoperta della normatività nei fatti: «per Santi Romano i giuristi devono rendersi conto

oggi¹⁵ – ma un diritto come esperienza¹⁶.

In tale prospettiva si colloca anche l'attenzione per la filosofia del diritto, quale momento essenziale della formazione del giurista, che non si distingue da quella *tout court* «se non in quanto rappresenta una delle possibili vie d'accesso sull'esperienza» che è «la prima forma di sapere umano, sulla quale si fonda e nella quale si esplica ogni altra forma di sapere»¹⁷.

In quello stesso incontro beneventano, tuttavia, nasce anche una apparente disparità di prospettiva là dove, da civilista, “invitavo” i filosofi del diritto (presenti, tra gli altri oltre Francesco Gentile, Gino Capozzi, Agostino Carrino, Alfonso Catania, Francesco Maria De Sanctis), ad aiutare l'interprete, operatore del diritto, contribuendo ad individuare la filosofia che è *nel* diritto¹⁸, nel ricondurre i principi guida – caratterizzanti il sistema ordinamentale – enunciativi di interessi e di valori, alle diverse correnti di pensiero, per meglio comprenderne l'impatto sul sistema ordinamentale e quindi sulla sua interpretazione a fini applicativi. Ciò preoccupa

che nella relazione di fatto c'è già un ordinamento che deve essere riconosciuto» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 108 ss.). L'ordinamento giuridico è un sistema di norme che esige di esser collocato nella prospettiva operativa nella quale trova la sua ragione d'essere (F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, cit., p. 143 ss.). Così F. GENTILE, *Dalla concezione illuministica alla concezione storicistica della vita sociale, Saggio sul concetto di società nel pensiero di C.H. de Saint-Simon*, Padova, 1960, pp. 79; 85; 127-131; 193-203, attribuisce a Saint-Simon il merito di avere qualificato – in un contesto dominato dal Razionalismo – la scienza politica ed il diritto come scienze positive, incentrate sull'osservazione dei fatti, ravvisando «nelle istituzioni sociali, al medesimo tempo il frutto ultimo delle scienze e la leva per il progresso della società». Il sapere tutto sarebbe caratterizzato da un metodo unico ossia la dialettica circolare tra esperienza e teorizzazione, in continua messa in discussione dell'esistente alla luce degli *inputs* dal mondo esterno: «*pendant son ascension les philosophes produisent de idées neuves, pendant le surplus de sa révolution ils critiquent le idées générales admises*». Nella dichiarata complementarità tra analisi e sintesi, Saint-Simon avrebbe fatto convergere le prospettive corrette, ma parziali, sia del Razionalismo di Descartes che dell'Empirismo di Locke e Newton.

¹⁵ Per tutti A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, sul quale v. P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, in *Rass. dir. civ.*, in corso di pubblicazione.

¹⁶ Secondo l'insegnamento capograssiano, per il quale il diritto persegue la funzione «di cogliere col suo lavoro di interpretazione la vita nella sua concretezza» (G. CAPOGRASSI, *Scienza ed esperienza. Identità dei due problemi*, in ID., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 251). Sul punto F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 29 s., richiama la «filosofia dell'esperienza giuridica» che, a suo dire, avrebbe avuto «in Giuseppe Capograssi l'anima piuttosto che il capofila». Sottolinea U. PAPPAGALLO, *Note di appunti*, cit., p. 185, che l'autentica ricerca filosofica, per Gentile, vedesse in ogni affermazione o definizione una risposta ad un problema, da lasciare aperto alla discussione e alla problematizzazione critica. In tal senso, anche P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, pp. 163-166: «il metodo» giuridico «vive nella concreta applicazione, è esperienza».

¹⁷ F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 30.

¹⁸ Invito che sembra essere compreso dalla contemporanea dottrina civilistica anche se con una inusuale citazione. Sul punto v. D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, pp. 358 ss. e 430 ss.

Francesco Gentile, che ravvisa il rischio di autoreferenzialità e di chiusura dell'ordinamento¹⁹, valutando pericolose le "disinvolute" citazioni a questa o a quella dottrina filosofica contemporanea come il personalismo, il solidarismo²⁰ ecc.

Il "fraitendimento", invero, sarebbe stato di là a poco superato. Non poteva non essere così per chi sa che il diritto affonda le radici non nella legge astrattamente separata dalla realtà e dall'esperienza, dall'effettività della cultura della comunità quale parte, indissolubile e integrante, di essa.

In quegli stessi anni '80, per i tipi delle Edizioni scientifiche italiane in due distinte collane – e nella stessa direzione – assume consistenza una «ricerca corale»²¹, opera di tanti giovani studiosi, rivolta a mettere a nudo le geometrie prodotte dalla scienza giuridica «evidenziandone la struttura ipotetico-deduttiva e la funzione operativo-strumentale»²²: la prima, *l'Ircocervo*, per una storia filosofica del pensiero giuridico e

¹⁹ Il rischio è avvertito anche quando individua la aporia delle dichiarazioni dei diritti umani, relativamente alle quali «il vero problema storico-teorico» è "l'autoreferenzialità" del potere politico-giuridico dello Stato «in quanto le difese del suddito nei confronti del sovrano vengono inevitabilmente ricercate nell'ambito dei poteri del sovrano» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 116 ss.).

²⁰ F. GENTILE, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, cit., p. 1. In realtà, la teoria dell'ordinamento di Francesco Gentile e, in particolare, l'idea della centralità dell'individuo nella creazione dell'ordine e la strumentalità di esso rispetto alla realizzazione dell'uomo, quale creatura divina, sembrano ricollegarsi proprio al ruolo della persona nell'ordinamento che caratterizza il personalismo (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 178 ss.).

²¹ La descrive assai bene lo stesso F. GENTILE, *Legalità*, cit. p. 44: «cominciava così una ricerca corale, rivolta a mettere a nudo le geometrie prodotte dalla scienza giuridica evidenziandone la struttura ipotetico-deduttiva e la funzione operativo-strumentale, e per altro verso intesa, tramite un'attenta riflessione sulle aporie della "geometria legale", a enucleare il principio metafisico in esse involontariamente e inconsapevolmente operante, per svilupparne tematicamente le potenzialità teoretiche».

²² F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 144; sul tema, v. altresì ID., *Filosofia*, cit., p. 19 ss., il quale, dopo aver precisato che «per ipotetico si intende l'assunzione in termini aporetici di un principio proprio o di un protocollo, e per deduttivo tutto ciò che può essere estratto da tale protocollo» osserva che «la premessa ipotetica di un ragionamento scientifico non è mai dimostrata; l'attività dimostrativa del procedere scientifico parte subito dopo, sin dalla prima deduzione dimostrativa successiva alla premessa ipotetica». Tale prospettiva converge con l'insegnamento che critica il sillogismo e la sussunzione e secondo il quale «nessuna decisione è corretta soltanto perché costruita con un sillogismo. Il sillogismo [...] nulla aggiunge o toglie alla bontà o verità delle conclusioni: esso dice soltanto che, se le premesse sono vere o giuste o corrette, allora vere, giuste o corrette sono anche le conclusioni» (P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., p. 171 ss.). V., altresì, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata*, Camerino-Napoli, 1996, p. 307, nota 525. Ne consegue la necessità di «una teoria dell'interpretazione che, superando gli schemi e le contrapposizioni tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, punti alla massima valorizzazione delle particolarità del fatto concreto da valutare, anziché mediante un meccanico procedimento di sussunzione in rigidi e non del tutto corrispondenti schemi legislativi astratti e generali, individuando [...] la normativa maggiormente compatibile con gli interessi ed i valori in gioco secondo la gerarchia che di essi propone l'ordinamento» (P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico*:

politico italiano contemporaneo, e la seconda, la *Crisalide*, contenente saggi filosofici di critica civile.

Un impegno quasi trentennale che trova la sua linfa nei seminari su “diritto tra teoria e prassi”²³ che con i comuni allievi si svolgono presso la neonata Facoltà di Giurisprudenza catanzarese, dove Francesco Gentile, con spirito pioneristico, generosamente accetta di venire ad insegnare. I punti di partenza sono i casi concreti, la loro problematizzazione, pur senza essere attratti dalla loro «transeunte ideologicità»²⁴.

Il primo *Incontro* dell'*Ircocervo* verte appunto su *Teoria e prassi alle radici del diritto civile* e, come quelli successivi, si propone di smentire che la «ragione teoretica non avrebbe alcuna rilevanza pratica e la prassi non si lascerebbe definire razionalmente»²⁵. Forte è, infatti, il convincimento che l'attività del giusperito «anche quando sembra ridursi a funzione di interessi operativi, in realtà funziona solo in quanto istituisce criticamente un rapporto dialettico tra ciò che deve essere e ciò che è, e quindi, tra teoria e prassi»²⁶.

Infine a Cosenza nel 2007, nel presentare la terza edizione del mio *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Francesco Gentile individua il punto di «potenziale fraintendimento»²⁷, latente sin dal primo *Incontro* dell'*Ircocervo* – concomitante con la prima edizione della stessa opera –, secondo il quale la Costituzione repubblicana sarebbe configurata come un vero e proprio strumento di controllo sociale, «apoditticamente assunto» a «principio teorico regolativo»²⁸.

introduzione allo studio del diritto privato in Italia, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 103, già in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 405 ss.).

²³ Trattasi degli Incontri dell'*Ircocervo* (1984-1988) su «Teoria e prassi alla luce dell'esperienza giuridica» che hanno visto un nutrito gruppo di filosofi del diritto raccolti attorno ad un giurista per discutere la sua esperienza. Tali incontri si sono tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza a Catanzaro, dove «Perlingieri, Grasso, Ziccardi, Giannini, e Fazzalari hanno aperto ad una discussione filosofica i recessi del diritto civile, del diritto costituzionale, del diritto internazionale, del diritto amministrativo e del processo» (F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 44 ss.).

²⁴ F. GENTILE, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, in *L'Ircocervo*, cit., p. 1.

²⁵ F. GENTILE, *o.u.c.*, p. 2. Fu l'ultimo incontro, evocato come «la felice occasione di una [...] rimpatriata scientifica» (ID., *o.u.c.*, p. 1).

²⁶ F. GENTILE, *o.l.u.c.*

²⁷ F. GENTILE, *o.l.u.c.*

²⁸ F. GENTILE, *o.l.u.c.*, il quale chiarisce che la discussione da noi intrapresa «si è andata sviluppando in una duplice direzione. Da un lato si è rivolta a smascherare le aporie della dottrina civilistica tendente “ad esaminare gli istituti fenomenologicamente senza il problema della loro *ratio*, ovvero della loro giustificazione”: l'aporia potremmo dire, della teorizzazione di una prassi senza teoria. E, dall'altro, si è rivolta a smascherare le aporie della dottrina civilistica tendente “a considerare la prassi come aspetto

Invero non c'è inconciliabilità tra la legalità costituzionale, quale momento più alto della sovranità dello Stato e la forte valutazione dell'esperienza giuridica²⁹, non ridotta «ad aspetto esterno ed estraneo al fenomeno normativo»; né v'è inconciliabilità tra la rilevanza giuridica della disposizione legale e il fatto quale elemento centrale, non occasionale e contingente, nella ricostruzione degli istituti giuridici³⁰.

Quando la Costituzione dà spazio e riconoscimento ad un pluralismo di fonti, decentrate ed autonome, anche sovranazionali e internazionali, con la massima valutazione delle autonomie regolative, sia individuali e collettive sia istituzionali, essa perde la valenza hegeliana dell'«universale in quanto assente in sé per sé»³¹.

L'iniziale diffidenza verso la legalità costituzionale – frutto di un fraintendimento – è destinata a tramutarsi in completa sintonia³².

esterno ed estraneo al fenomeno normativo ed il fatto come elemento occasionale e contingente nella ricognizione degli istituti giuridici, puri *noumeni*: l'aporia, potremmo dire, della pratica di una teoria senza prassi». Per ovviare a tali aporie, aggiunge Gentile, «Perlingieri proponeva come compito specifico e qualificante l'opera del giurista quello di “scoprire la potenzialità normativa della legge nel quadro dei valori e degli interessi garantiti e tutelati dalla costituzione”» (ID., *o.l.u.c.*). Il dibattito, dunque, si incentrava sul concetto di “legalità costituzionale”. E, inizialmente, sembrava quasi che assumessi apoditticamente la Costituzione quale principio teorico regolativo della vita sociale, trascurando la circostanza che la Costituzione «fosse una legge come le altre» (ID., *Legalità*, cit., p. 41).

²⁹ La Carta costituzionale esprime non un insieme astratto di comandi, ma un complesso di principi e regole, all'applicazione dei quali i giuristi sono obbligati ogni qualvolta debbano risolvere un problema concreto. Così P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 27 s. Ne discende che il principio di legalità costituzionale è una via obbligata per l'interprete che voglia ritrovare l'uniformità di interpretazione (ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 119, ora in *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 131). I valori costituzionali, come autorevolmente sostenuto, «in quanto valori pratici, posseggono l'attitudine a realizzarsi mediante l'azione, quindi a dimensionarsi nel terreno della prassi»: A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 264.

³⁰ Sul punto F. GENTILE, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, cit., p. 1.

³¹ Così F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 63, secondo il quale il superamento di una visione geometrica e virtuale dell'ordinamento è possibile soltanto qualora si qualifichi lo stesso non come uno sterile contenitore di norme, ma quale strumento capace di governare dialetticamente le relazioni sociali. Nel recuperare la naturalezza del diritto, il giurista comprende che le radici dell'ordinamento giuridico delle relazioni interpersonali, anche quando ad attuarlo è lo Stato, affondano e devono essere ricercate, nella natura dell'uomo.

³² Lo ammette Gentile in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, cit., p. 1. L'occasione fu quella della presentazione del mio *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, nella sua terza edizione. In quella sede, Gentile coglie l'opportunità di «superare il fraintendimento latente e dispiegare così nel modo più aperto e pieno la sostanziale sintonia con la concezione perlingieriana del “diritto civile nella legalità costituzionale”». Tale sintonia sarà ribadita, altresì, in ID., *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in *www.ircocervo.it*, 2008, I, n. 94, oltre che in ID., *Legalità*, cit., p. 41, n. 95.

2. Il dialogo tra i cultori della filosofia del diritto e i cultori del diritto non è quindi un dialogo tra estranei, né configura una ibrida erudita commistione; esso, tuttavia, lungi dall'esaurirsi in un "Amore per il sapere", attua un'esigenza, quale presupposto di esercizio dialettico, di completamento culturale³³, necessario soprattutto all'individuazione del fondamento della giuridicità e delle sue giustificazioni³⁴. Queste, pur determinate da peculiari circostanze storiche, hanno pur sempre una funzione costante di "dare ordine" ad una comunità di individui, affinché essa si configuri *societas* e, come tale, abbia appunto un insieme di regole e di principi. Una necessità che – come indica Francesco Gentile – si traduce nell'obbligatorietà «di ogni norma, ivi compresa di quella veicolata dal diritto positivo»³⁵. La mera legalità prescinde, quindi, dalle strutture organizzative mediante le quali trova attuazione; prescinde, altresì, dai suoi stessi contenuti; né è necessariamente espressione di sovranità accentrata e di forza³⁶.

³³ «Un'attenzione filosofica all'esperienza giuridica è, dunque, richiesta proprio dai giuristi, come momento qualificante uno studio corretto delle stesse leggi positive» (F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 12).

³⁴ Gentile osserva che «quello che risulta in ogni caso inconfondibile è che il diritto positivo, di per sé, chiede di essere giustificato, cioè chiede di essere purificato dalla zavorra dell'operazione funzionale al solo potere, mediante il riconoscimento razionale di quanto è proprio dell'uomo, della sua dignità» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 191 ss.; nonché ID., *Legalità*, cit., p. 58). Ciò è del tutto convergente con quanto da me affermato sulla legittimità dello Stato sociale di diritto: «La legittimazione del potere statale è fondata su di un sistema di valori, positivizzato nel supremo atto legislativo e fondativo del vigente ordinamento: la Costituzione repubblicana. [...] La legge non è più libera, [...] deve rispettare la dignità umana e consentire l'effettiva libertà della persona. La persona è il valore fondamentale da attuare». Sì che è l'indirizzo personalista che giustifica il potere (P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., pp. 38 e 39; P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 809 ss.; più di recente, ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, ivi, 2010, p. 198). Sulla legittimità, quale "potere legittimo", cfr. G. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 557 ss.; P.P. PORTINARO, *Legittimità*, in *Enc. sc. soc.* Treccani, V, Roma, 1996, p. 235 ss.

³⁵ F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padova, 2002, p. 182. La legge positiva nella sua fissità interlocutoria esercita la funzione di modello per l'azione umana, ma, lungi dall'essere fonte esclusiva del diritto, è uno strumento nelle mani dell'interprete per capire, nel turbine dell'esperienza, che cosa sia il *suum* di ciascuno: di qui il «ruolo assolutamente necessario dell'interpretazione» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 218 ss.).

³⁶ Francesco Gentile rifiuta l'idea di un ordinamento caratterizzato dall'affermazione del potere dominante nel conflitto sociale e volto al mero controllo, in quanto il raggiungimento dell'ordine è possibile soltanto ammettendo la presenza dell'eticità, intesa come disposizione al bene di ciascuno dei suoi membri, e di una naturale propensione dei consociati all'autoregolamentazione. Cfr. F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 40. Analogamente, P. PERLINGIERI, *La persona umana e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 311; ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., p. 9: «il diritto che previene e compone i conflitti sociali ha anche un contenuto morale perché l'osservanza delle sue regole non sarebbe possibile se mancasse il consenso di fondo».

La legalità non è necessariamente giusta. La giustizia implica una valutazione che non può non essere contenutistica secondo una scala di interessi e di valori meritevoli rispetto ad altri e che non possono non trovare riscontro nelle regole e nei principi e, quindi anche nella cultura giuridica presente in un dato tempo e in un determinato luogo. La giustizia è relativa perché storicamente condizionata³⁷. Se così è, storia della filosofia del diritto e storia del diritto configurano la storia del pensiero concretamente vissuto, le culture, che si sovrappongono e si avvicendano, influenzandosi e consolidandosi, sino a divenire costitutive della struttura della *societas* che di volta in volta emerge nel tempo. E ciò soprattutto in epoche, come la nostra, di forte pluralismo culturale³⁸. Pertanto il diritto appartiene al *trend* del pensiero umano, quale diretta espressione di visioni del mondo e della vita, risultato di ciò che l'esperienza insegna e dei bisogni nuovi che la collettività e i singoli si propongono di realizzare e che, comunque, la convivenza obiettivamente ineludibilmente esige. Un diritto che è ma che ad un tempo *diviene*, un diritto che, in quanto diviene, è. Quindi non soltanto risultato ma processo, pregno di storicità³⁹ e quindi di politicità⁴⁰.

Tutto ciò appare perfettamente congeniale con l'ispirazione che, nella scia di un autorevole orientamento di Scuola⁴¹, caratterizza l'insegnamento di Francesco

³⁷ Sulla storicità dell'esperienza giuridica cfr., P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, (2003), 7^a ed., 2006, p. 20 ss.; ID., *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva «Introduzione allo studio del diritto romano» di Riccardo Orestano)*, in *Quad. fiorentini*, 1988, p. 533 ss.; ID., *Storicità del diritto*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, p. 217 ss. V. anche N. LIPARI, *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 755 ss. Relativamente all'influenza del contesto storico sul procedimento interpretativo: P. PERLINGIERI, *Lo studio del diritto e la storia*, in *Ann. Fac. econ. Benevento*, 2006, p. 131 ss.; ID., *Dittatura del relativismo* e "tirannia dei valori", in *Iustitia*, 2011, p. 225 ss.; A. PALAZZO, *Storicità e interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 117 s. Anche Francesco Gentile (*Dalla concezione illuministica*, cit., p. 129) sembra apprezzare, particolarmente, tra le intuizioni di Saint-Simon, quella secondo la quale nelle «istituzioni sociali tutto è relativo al tempo, cioè al momento in cui si trova l'uomo nel suo progresso».

³⁸ Sul tema particolarmente P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata*, cit., spec. p. 430 ss., e più recentemente ID., *Segni di valore*, in L. RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012, p. 83 ss., sul quale P. PERLINGIERI, Editoriale, *I valori e il sistema ordinamentale "aperto"*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1, p. 1 ss.

³⁹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 22, nel discorrere del diritto come «ordinamento osservato», sottolinea che «il suo referente è la società nella sua storicità».

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, cit. Nel pensiero di Gentile la politicità, intesa come intelligenza del bene comune, è uno dei tratti caratteristici dell'ordinamento (F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 55 ss.).

⁴¹ E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, citato da F. GENTILE, in *Legalità*, cit., p. 25 ss., secondo il quale la vera causa della crisi dell'esperienza giuridica è qualificata come «crisi della verità del diritto», dovuta alla natura strumentale

Gentile, che, nella odierna rivisitazione, può essere occasione di una serie di precisazioni, a cominciare dal significato da attribuire alla politicITÀ e alla positività dell'ordinamento giuridico⁴².

3. Il sistema ordinamentale è necessariamente doppiamente dinamico⁴³, in quanto sensibile sia alle innovazioni poste in essere da chi ha il potere e la forza di compierle secondo l'ingegneria socio-politica del momento, con più o meno ampi – ma pur sempre insopprimibili – spazi di autonomia e di sussidiarietà⁴⁴, sia all'arricchimento dovuto alla prassi⁴⁵, sia pure apparentemente soltanto esecutiva, delle decisioni e dei provvedimenti relativi a fattispecie concrete. Queste, singolarmente e collettivamente, configurano nella loro quotidiana insopprimibile problematicità, risposte sí provvisorie ma decisive per l'individuazione degli «ordinamenti dei casi concreti» e, quindi, del diritto “vivente”. Una prassi, ora specificativa, ora integrativa, ora modificativa, ora additiva, ora abrogativa della portata letterale delle disposizioni legali. Prassi che – ancor più in un'epoca di crisi della sovranità esclusiva dello Stato⁴⁶ – si traduce in forme giuridiche sulla base «non già di competenze astrattamente e convenzionalmente definite»⁴⁷ «ma in funzione

assunta dal diritto quale mero strumento del potere, sí che occorre «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» (E. OPOCHER, cit. da F. GENTILE, *o.u.c.*, p. 24).

⁴² F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 55 ss. I connotati dell'ordinamento giuridico, quali risultati di un'attività teoretica e di un'attività pratica, sono, per Gentile, la *politicITÀ*, intesa come «intelligenza della giusta misura [...] di ciò che è necessario per una convivenza veramente umana» e la *positività* come «la progressiva istituzionalizzazione, fissazione, positivizzazione dei risultati raggiunti nell'individuazione dei tratti qualificanti la relazione; e ciò sia sotto la forma della legge [...] del provvedimento amministrativo [...] della sentenza» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit., p. 227 ss.).

⁴³ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, (2005), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 180 ss. e 284 ss.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 530 ss.

⁴⁴ V., ad esempio, F. GENTILE, *Su sovranità e sussidiarietà nell'esperienza giuridica comunitaria*, in ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 67 ss. Sul principio di sussidiarietà quale criterio ordinatore, norma sulla competenza e non di competenza, v. P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI e F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 64 ss.

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, (1984), in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 213 ss.; ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, cit., p. 445 ss.

⁴⁶ Sul tema dell'affievolimento della sovranità, F. GENTILE, *Su sovranità e sussidiarietà nell'esperienza giuridica comunitaria*, cit., p. 67 ss.

⁴⁷ F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 188.

della adeguatezza effettiva e reale»⁴⁸ secondo il principio di sussidiarietà e di complementarità, con una relativizzazione del regolamento concreto secondo un bilanciamento degli interessi e dei valori di volta in volta coinvolti. Ciò inevitabilmente amplia la nozione di giuridicità anche senza riaprire – come vorrebbe Francesco Gentile – il problema del rapporto tra diritto e natura e costituire «la via nuova del diritto naturale»⁴⁹.

Pertanto la dinamicità, da riconoscere a qualsiasi sistema giuridico, si realizza con estensione e modalità diverse secondo che esso sia “chiuso” nei suoi confini, in una accezione autarchica, costruito in forma accentrata quale preteso prodotto di un unico potere o comunque di poteri predeterminati, ispirato ad unica egemonia modernamente identificabile con il potere sovrano dello Stato. Una fase storica, questa, che ben si coniuga con le epoche della codificazione che hanno sempre – invero inutilmente – preteso la velleitaria sottrazione all’interprete di qualsiasi autonomia⁵⁰ sí che *auctoritas non veritas facit legem*. Dove la razionalità, la logicità sono quelle, e quelle soltanto, ravvisabili nella *lex*, pienamente identificata con lo *ius*. Una esperienza questa esasperata dalle concezioni formalistiche e simmetriche del diritto ben riassumibile nel broccardo *in claris non fit interpretatio*⁵¹ e nell’avversione verso

⁴⁸ F. GENTILE, *o.l.u.c.*; ID., *Su sovranità e sussidiarietà nell’esperienza giuridica comunitaria*, cit., p. 81, là dove l’a. considera il principio di sussidiarietà quale perno dell’ordinamento comunitario. La rinuncia alla sovranità e il pluralismo delle fonti, che stanno alla base dell’ordinamento comunitario, trovano il proprio bilanciamento nella individuazione delle competenze istituzionali in relazione «alla loro reale capacità di raggiungere gli obiettivi di rilevanza comune». La sussidiarietà, pertanto, opera come strumento politico, di intelligenza del bene comune, in quanto consente «la definizione degli obiettivi» e «il riconoscimento dei beni aggreganti la comunità». Ne consegue il rifiuto dell’idea di una politica intesa come dominio e il recupero del ruolo dell’autonomia umana. L’intervento delle istituzioni opera «come sostegno, come incremento, [...] come integrazione, nel senso di piena realizzazione del personale nel sociale» e trova un limite proprio nella capacità di autoregolamentarsi degli individui.

⁴⁹ F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 189; cfr. anche ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 60 ss.; ID., *Ancora su illuminismo e storicismo*, in *Riv. fil.*, 1961, p. 415. Per Gentile «la piú suggestiva via per il recupero del diritto naturale» è rappresentata dal riferimento al principio di sussidiarietà che, introducendo il criterio sostanziale della funzionalità delle fonti normative, invoca l’idoneità degli interventi ai fini del conseguimento dell’obiettivo prefissato. Sí che «l’istituzione maggiore non deve assorbire le minori ed i singoli, bensí deve intervenire in loro aiuto» nel rispetto dell’autonomia privata (ID., *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 194).

⁵⁰ Sul punto G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 112 ss.

⁵¹ Per Gentile, infatti, «la norma rileva al momento in cui interviene nella composizione di una lite, donde la necessità della sua interpretazione»: F. GENTILE, *La controversia alle radici dell’esperienza giuridica*, cit., p. 144; ID., *Filosofia*, cit., p. 216, considera «grossolano l’errore di chi ritiene che l’applicazione formale di un disposto normativo abbia immediatamente ed automaticamente l’effetto di risolvere la lite»; ID., *Legalità*, cit., p. 79. Per un’aperta critica al broccardo in questione, P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio*, cit., p. 275 ss.

ogni forma di produzione spontanea del diritto, in una netta separazione e contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale⁵². Non sembra, tuttavia, questa – come si è anticipato – la fase storica successiva alla costituzionalizzazione del sistema giuridico, con il riconoscimento di fonti autonome e la centralità dei diritti dell'uomo. Anche la tecnica legislativa per principi – nel riconoscere ad essi valenza normativa, a volte gerarchicamente superiore – esige una ermeneutica diversa da quella meramente deduttiva e logica, nel rispetto dell'assiologia che tali principi, singolarmente e globalmente, indicano come linee guida⁵³.

Si invoca accanto alla razionalità la ragionevolezza, si prende atto che il fatto concreto non è semplicemente fattispecie produttiva di effetti ma valore che esige una regolamentazione adeguata, congrua, proporzionata e coerente al bilanciamento degli interessi e dei valori che coinvolge⁵⁴. L'interpretazione giuridica a fini applicativi, come individuazione dell'ordinamento del caso concreto⁵⁵, è costitutiva di prassi⁵⁶ – e non soltanto giudiziaria e dottrina – destinata ad incidere sulla

Ingenuo appare quel giurista che «crede di aver assolto il proprio compito col dare lettura degli articoli di legge» [E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), in ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, p. 22]. Sul punto T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, (1957), in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 139 ss.; B. TROISI, *Interpretazione della legge e dialettica*, in AA.VV., *Legge, giudici, giuristi*, Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981, Milano, 1982, p. 324; L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 83. Più di recente, M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., spec. pp. 45 ss., 220 ss.

⁵² Gentile dal «monito ciceroniano di non pensare al diritto come “costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi [...] bensì derivato dalla natura delle cose”» ravvisa «il solo modo oggi praticabile per recuperare la grande nozione di “diritto naturale”, stravolta dal cosiddetto giusnaturalismo moderno e compromessa dalla tentazione di trarre, per deduzione astratta, il diritto positivo da un diritto naturale, ipoteticamente assunto come *a priori*» (F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 65).

⁵³ Sulla necessità che l'attività ermeneutica sia rispettosa dell'assiologia del sistema, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio*, cit., p. 998 s. Sul punto particolarmente L. CAIANI, *I giudizi di valore nella interpretazione giuridica*, Padova, 1954, pp. 5 ss., 211 ss.; U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 8; R. DE STEFANO, *Assiologia (Schema di una teoria generale del valore e dei valori)*, (1982), ora in ID., *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, 1990, p. 353.

⁵⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 501.

⁵⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 671 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 612 ss. V. anche P. PIOVANI, *Introduzione*, in G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. XV, il quale sostiene che «il diritto non è il diritto formulato legislativamente ma il diritto applicato».

⁵⁶ L'ordinamento giuridico è per Gentile il risultato di un'attività teoretica e di un'attività pratica, «di una prassi che consiste nel fissare [...] e nel sottrarre alla disponibilità puramente labile del soggettivo i risultati raggiunti» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit. p. 227 ss.).

nozione di positività esclusivamente identificata in un dato teorico assolutamente precostituito. Prassi, tuttavia, non brutalmente intesa, ma frutto di comportamenti e provvedimenti conformi all'assiologia fondante il sistema; prassi non sottraibile al giudizio di legittimità, in sintesi prassi che si lascia definire, se non razionalmente, ragionevolmente. La Corte costituzionale ha, del resto, esteso il suo controllo di legittimità costituzionale sugli usi e sulle consuetudini *contra legem*⁵⁷.

La giuridicità, dunque, non risiede esclusivamente nella normatività e la rilevanza giuridica non è aprioristicamente delimitata, sí da ridurre la fattualità ad irrilevanza, né, d'altro lato, il diritto si può prospettare accontentistico e avalutativo, separandolo con l'accetta dalla morale e dal piú complessivo contesto socio-culturale⁵⁸. Discorrere se il codice etico concorre o no a regolare il rapporto tra professionista e cliente, o quello tra imprese vuol dire proporre ancora la giuridicità come separata dai principi e dai valori di fondo del sistema ordinamentale come ad esso estranei e concepire tale sistema soltanto come l'insieme di regole, e di principi

⁵⁷ Sulla inammissibilità di una consuetudine *contra legem*, in contrasto con una specifica disposizione inderogabile o con un principio del sistema giuridico, v. Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Giur. cost.*, 2006, p. 543 s., in tema di trasmissione del nome genitoriale, ove si segnala, in un *obiter dictum*, che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non piú coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna»; ora anche Corte eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, Cusan e Fazzo c. Italia. In ordine alla possibilità che i giudici disapplicino la consuetudine o norma internazionale generale che violi i valori fondamentali costituzionali, senza che sia necessaria una pronuncia della Consulta, cfr. Corte cost., 22 marzo 2001, n. 73, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2. Sull'ammissibilità del giudizio di legittimità su usi e consuetudini P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 228 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, p. 182, nota 2. Sulla correlata questione sul se la Consulta sia giudice delle sole leggi o, piuttosto, della costituzionalità, P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 226 ss.; ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit. p. 59 ss. Infatti «qualora si ritenga che la Corte giudica su norme e non su disposizioni, risulterebbe possibile introdurre in giudizio anche una questione relativa ad una consuetudine. In realtà il sindacato delle norme prodotte da fatti normativi è considerato ammissibile qualora la norma consuetudinaria sia richiamata da una legge o da un atto avente forza di legge, cioè nella consuetudine *secundum legem*» (P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, cit., p. 228). In tal senso anche A. PIZZORUSSO, *Consuetudine*, in *Enc. giur.* Treccani, VIII, Roma, 1988, p. 5; nonché N. BOBBIO, *Consuetudine (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 426 ss.

⁵⁸ Gentile ancora la giuridicità dei precetti alla natura dell'uomo identificando quest'ultima nell'attitudine a "mettere ordine" nelle relazioni intersoggettive: F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 182. Si potrebbe ravvisare in questa impostazione teorica piú che il ricorso ad un universo trascendente, l'intenzione di fondare il diritto sulla morale insita nell'essenza dell'uomo in un dato momento storico. Ed in quest'ottica la Costituzione svolge il fondamentale ruolo di guida per l'interprete del diritto, in quanto indubbia espressione dei «valori fondanti una civiltà storica»: P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 49.

da questo desunti, negando valenza giuridico-normativa ai principi espressi che, per di più, indicano i valori di fondo fortemente caratterizzanti.

4. La scelta operata dalla Costituzione del 1948 è quella del decentramento e di un sistema ordinamentale “aperto” anche alle fonti sovranazionali e internazionali⁵⁹.

I principi e i valori prepotentemente emersi dopo la seconda guerra mondiale, riassumibili nel rispetto della dignità della persona, nella solidarietà umana e sociale, nell'eguaglianza morale e giuridica non soltanto attenuano – e di molto – la contrapposizione diritto positivo-diritto naturale⁶⁰, ma mettono fine all'esclusiva sovranità statale contribuendo a realizzare una sovranità diffusa⁶¹ direttamente incidente sulla legalità nazionale. Le Carte dei diritti assunte a Convenzioni internazionali, a loro volta richiamate dai Trattati e da numerose Costituzioni, hanno positivizzato il c.d. diritto naturale trovando concretizzazione nelle decisioni delle Alte Corti nazionali ed internazionali⁶². Si amplia, anche formalmente, la nozione di

⁵⁹ Sulla nozione di sistema aperto, per tutti, C.W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009, p. 67 ss.; v. ora P. PERLINGIERI, Editoriale, *I valori e il sistema ordinamentale “aperto”*, cit.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 184; ID., *Il diritto civile e la complessità del sistema*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2003, p. 10 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit. p. 33 ss.; ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 104 s.

⁶⁰ P. PERLINGIERI, *La ‘grande dicotomia’ diritto positivo-diritto naturale*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 553 ss. Gentile individua una delle principali aporie del positivismo giuridico nella contrapposizione tra diritto e natura (F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 177); sí che il diritto positivo può raggiungere l'obiettivo di mettere ordine nelle relazioni intersoggettive, secondo il dettato della «geometria legale», soltanto se rispetta la «natura» dell'uomo, la sua naturale essenza (F. GENTILE, *o.u.c.*, p. 182; ID., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 156), in quanto il dover essere non dipende dalla volontà di un soggetto sovrano, ma inerisce l'essenza dell'uomo: F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., p. 166.

⁶¹ La sovranità «diffusa» si traduce nel decentramento legislativo sia verso gli enti territoriali sia verso l'Europa e la comunità internazionale: v., al riguardo, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e sistema dei valori*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2001, p. 81 ss., e in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 363 ss. Secondo Gentile sarebbe necessario il superamento del canone politico-giuridico della sovranità quale «*conditio sine qua non* della restaurazione del diritto» che la grande lezione dei nostri progenitori romani ci mostra costituito, prima ancora che dalle *Leges*, dagli *Iura* della prudenza dei giuristi (F. GENTILE, *Il problema dell'integrazione europea*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Al di là di Occidente ed Oriente: Europa*, Napoli, 1994, p. 23; F. GENTILE, *Su sovranità e sussidiarietà nell'esperienza giuridica comunitaria*, cit., p. 67 ss.).

⁶² Gentile, tuttavia, esclude che le dichiarazioni di diritti possano identificarsi con il diritto naturale, ritenendo piuttosto che esse siano state assunte nei termini di una «finzione» priva di ogni radicamento naturale. Definisce, infatti, le carte dei diritti fondamentali mere «affermazioni dogmatiche», in tal senso indiscutibili, «dogmi di una religione senza Dio»: F. GENTILE, *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo*, in D. CASTELLANO (a cura di), *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Napoli, 1996, p. 32.

ordinamento giuridico da applicare da parte del giudice comune, si avvicina alla legalità alla giustizia, si realizza lentamente, nel confronto tra culture diverse, l'armonizzazione delle soluzioni pur preservando come valore, nella storia dell'uomo sempre vincente, la "identità culturale e costituzionale" delle singole collettività e delle singole Nazioni come oggi esplicitamente riconosce l'Unione europea⁶³.

L'ampliamento delle fonti giuridicamente rilevanti realizza un reciproco arricchimento: esemplare è l'esperienza della Comunità europea che, nata esclusivamente come mercato unico, sotto la spinta delle tradizioni costituzionali europee e del ruolo delle Corti costituzionali, soprattutto italiana e tedesca, nonché di un significativo processo politico, manifesta, nei Trattati successivi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, attenzione alla dignità dell'uomo, ai suoi diritti a prescindere dalle ragioni del mercato; viceversa, il diritto dei Paesi membri, come l'Italia, si manifesta più attento alle liberalizzazioni dei mercati e della concorrenza. Un'armonizzazione che conduce ad unico comune ordine pubblico, fondante il sistema italo-europeo⁶⁴.

La positività e la politicità finiscono, pertanto, con l'avere referenti diversi ma confluenti in un unico e aperto sistema ordinamentale che esige leale collaborazione degli operatori giuridici e soprattutto dei giudici⁶⁵: tutto ciò in virtù dei Trattati e della Costituzione che indica in se stessa, nel diritto comunitario e nel diritto

⁶³ M. CARTABIA, *Unità nella diversità*, in AA.VV., *Una Costituzione per l'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 607, secondo la quale «il volto futuro della Costituzione europea dipende [...] dalle Corti supreme; tanto più esse sapranno esprimere fieramente la tradizione costituzionale del proprio ordinamento per costruire un bene comune, tanto più l'ordinamento costituzionale europeo somiglierà all'immagine che ambiziosamente ritrae il volto dell'Europa: unita nella diversità». Dello stesso avviso anche A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, p. 188; U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, TORINO, 2013, ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici; *adde* P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, spec. p. 95 s.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 530 ss. Lo stesso Gentile (F. GENTILE, *Su sovranità e sussidiarietà nell'esperienza giuridica comunitaria*, cit., p. 67 ss.; ID., *Il problema dell'integrazione europea*, cit., p. 21) manifesta la necessità di un'integrazione europea nel rispetto delle diversità, individuando la causa del fallimento di un'integrazione europea di matrice politica nella diffusione indiscriminata dell'ideologia produttivistica volta ad unificare le diverse tradizioni nazionali e ad uniformare le diverse mentalità.

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 36 ss.

⁶⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, cit., spec. p. 96.

internazionale Possatura del sistema fondato sulla legalità costituzionale⁶⁶. Per decretare la fine del positivismo legislativo, un nuovo approccio da parte dei giuristi diventa necessario.

5. La sottolineatura di un sistema ordinamentale articolato nelle sue fonti e complesso, in quanto composto di livelli diversi e non separabili, comporta la necessaria individuazione della sua unitaria assiologia, quale sintesi di valori esplicitamente dati e di valori desumibili dal contesto storico-culturale. Entrambi sono da considerare positivi ed entrambi ad un tempo hanno natura giuridica e politica.

Il primato della politica⁶⁷, infatti, non è dato tanto dal necessario rispetto dei valori imposti dalle leggi per così dire ordinarie, quanto di quelle sulle quali è fondata la convivenza, indicate nel patto politico costituzionale, che ha, e continua ad avere, valenza costitutiva; e che non possono trovare deroghe da parte di qualsiasi altra fonte. Esse sono moderatamente rivolte a garantire e promuovere la dignità della persona⁶⁸. Dunque, discorrere oggi di primato della politica significa muovere dal progetto costituzionale, da una scelta di filosofia della vita che si ispira a due grandi correnti di pensiero: personalismo e solidarismo⁶⁹. Il richiamo ad esse, in riferimento alle Costituzioni come la nostra, non ha un mero valore ideologico, ma ha rilevanza normativamente decisiva nella rilettura "depatrimonializzata" dell'ordinamento⁷⁰ e della sua forza promotrice di cambiamenti, e non costituisce mera fotografia delle certezze dell'esistente. Un dover essere che esprime il primato della politica e del

⁶⁶ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 73.

⁶⁷ Lo stesso Gentile auspica il costituirsi di un «diritto comune» europeo non per il sovrapporsi di un'autorità formalmente sovrana, ma mediante il recupero del primato della politica intesa come «rinascita della buona regola dialettica» che si attua con «la riconduzione delle diversità alla comune essenza umana, rispetto alla quale, solo, esse si valorizzano»: F. GENTILE, *Il problema Europa tra ideologia e politica*, in D. CASTELLANO (a cura di) *Il contributo della cultura all'unità europea*, Napoli, 1990, p. 103.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 142 ss. e 161 ss.; ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 3 ss. e 313 ss.; F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 32; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 761 ss.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 45.

⁷⁰ «La centralità del valore della persona impone di rileggere i rapporti economici, e soprattutto quelli macroeconomici, in una chiave moderna»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 55 e 114 ss.; ID., *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 175 ss.; C. DONISI, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; ma v. A. DE CUPIS, *Sulla depatrimonializzazione del diritto privato*, *ivi*, 1982, p. 482 ss.

diritto. Porre al centro del sistema ordinamentale la persona umana e la sua dignità, intesa come indissolubile unità di diritti e di doveri, significa invertire la storica subordinazione della persona allo Stato e all'apparato pubblico in generale ed esigere un forte mutamento di funzione degli istituti e delle istituzioni⁷¹.

Tutto ciò che concorre all'individuazione della normativa e che sia rievocativo, specificativo, conforme all'assiologia del sistema inteso nella sua unitaria dinamica complessità, ha rilevanza giuridica ed è un "dato positivo" al quale l'interprete deve attenersi, ma purché tale conformità sia da lui riscontrabile e argomentabile. Oggi dunque l'attenzione valoriale della Costituzione, la sua legalità dipendono dal funzionamento della giustizia e dall'approccio dei giuristi⁷².

6. In un clima di superamento del positivismo, che concepiva il giudice bocca della legge, e nel riconoscimento sempre maggiore della discrezionalità che caratterizza la interpretazione giudiziaria, il rapporto tra legislativo e giudiziale è fortemente cambiato⁷³. Ed occorre, allora, al fine di evitare il governo dei giudici rinnovare profondamente l'ordine giudiziario. Partendo non da ciò che i giudici dicono di fare, ma da ciò che fanno⁷⁴.

Il punto dolente, ed anche la parte più debole dell'attuale ingegneria costituzionale è

⁷¹ «In questa prospettiva è opportuno individuare non ciò che si vuole esista nell'ordinamento, ma ciò che, seguendo un corretto procedimento ermeneutico, effettivamente è possibile rinvenire. Ed è indiscutibile che a livello costituzionale la persona sia in una posizione primaria rispetto agli interessi patrimoniali, e che la stessa iniziativa economica privata debba essere funzionalizzata a questo valore (art. 41, c. 2, cost.):» P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 10. Sul punto, altresì, ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, (1978), in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 73.

⁷² Gentile, nondimeno, considera non sufficiente la tutela costituzionale dei diritti fondamentali ai fini dell'affermazione del «giusto». Sostiene, piuttosto, che la Costituzione debba favorire l'esplicitarsi della giurisprudenza, come *ars boni et aequi*, l'unica in grado di istituzionalizzare la «giustizia oggettiva», nell'unico luogo nel quale ciò veramente può darsi, nel caso concreto: F. GENTILE, *Per trovare una nuova via al diritto naturale*, cit., p. 198; ID., *I diritti umani tra giustizia e positivismo*, cit., p. 34. La tesi evoca la questione giudiziaria, mai così centrale nel dibattito politico-giuridico come nell'attuale momento storico.

⁷³ Sul punto, F. GENTILE, *Su linguaggio e diritto*, cit., p. 121; ID., *La cultura giuridica contemporanea fra scienza e storia – Rassegna*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 504, che ravvisa la ragione della crisi della legge e della giurisprudenza rispettivamente in contaminazioni ideologiche e politiche.

⁷⁴ Interessante la riflessione di Gentile sulla *prudentia iuris* che gli deriva dalla constatazione della crisi della legge ordinaria dovuta alla sua incapacità di ordinare giuridicamente la società civile (F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 97 s.). Al fine di definire una risoluzione prudente conviene una procedura che platonicamente si potrebbe chiamare della 'buona regola' (ID., *o.u.c.*, p. 98). Il filosofo si chiede pertanto se «si radichi nell'oblio di questa virtù cardinale la crisi odierna del giuridico, del legislativo ma anche del giurisprudenziale [...] (e ancora) se l'attuale oblio della prudenza debba farsi risalire alla pretesa di trattare dell'ordinamento giuridico "*etiamsi Deus non daretur*"».

senza dubbio la Magistratura, sebbene sia la grande esclusa dai discorsi riformatori⁷⁵. Necessaria si prospetta la riorganizzazione dell'ordine giudiziario. Da un lato occorre consolidare e garantire l'indipendenza di tutti i *magistrati giudicanti* (ivi compresi i giudici amministrativi, contabili, tributari, militari in tempo di pace) e non soltanto di quelli ordinari, mettendo mano ad una riforma radicale che inizi dal reclutamento con scelta per concorso non per esami ma per titoli, riservato ad accreditati giuristi e con una durata a tempo determinato del rapporto, vietando ad essi, *medio tempore*, qualsiasi – dico qualsiasi – attività diversa e con norme deontologiche assai stringenti.

In un distinto ordine andrebbero inseriti i *magistrati inquirenti* garantendo anche a loro una separata autonomia e indipendenza sia dai magistrati giudicanti, sia soprattutto dal potere esecutivo e riconoscendo comunque la primazia del potere parlamentare fondato sulla sovranità popolare.

Un distinto ordine, invece, dovrebbero costituire le magistrature soltanto consultive “quali organi ausiliari del Governo”, come oggi la Costituzione definisce il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, ma senza attribuire loro funzioni giurisdizionali che comportano latenti violazioni dell'imparzialità e della terzietà⁷⁶. Tutto ciò, in una concezione unitaria della giurisdizione⁷⁷, che l'ostracismo dei consiglieri di Stato deputati costituenti – durante l'Assemblea – ne impedì la progettazione⁷⁸.

Aspetto essenziale è che il privilegio dell'autonomia e dell'indipendenza dei magistrati, giudicanti e inquirenti, deve trovare una compensazione in una efficiente rapida giustizia disciplinare nei loro confronti amministrata non dai colleghi magistrati ma da rappresentanti del popolo indicati da maggioranze particolarmente qualificate – in parte dal Parlamento e in parte dal CSM – e scelti a sorte dall'Ufficio

⁷⁵ P. PERLINGIERI, Editoriale, *La grande esclusa dalla riforma: la Magistratura*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 631 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 19 ss.; ID., Editoriale, la «questione giudiziaria», (1981), in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 164; nonché ID., *Riforme della giustizia civile a Costituzione invariata*, in *Corti salernitane*, 2004, p. 5 ss., ove si sottolinea la necessità in attesa di «un intervento incisivo di modifica del testo costituzionale, al fine di realizzare l'effettiva unità della giurisdizione», di rivedere «l'intero assetto dell'organizzazione del pianeta giustizia, a partire dall'ordinamento giudiziario».

⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale*, cit., p. 37 ss. Sull'esigenza di un recupero etico dei ruoli, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 19 ss. Anche per S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 185, «il giudice si sottrae al rischio di appiattire la sua azione su logiche settoriali e, attraverso un costante riferimento ai principi, davvero recupera una superiore forma di “terzietà” e di alta subordinazione alla legge».

⁷⁷ *Tutela dei diritti e sistema ordinamentale*, Atti VI convegno nazionale SISDiC, Napoli, 2012.

⁷⁸ P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, cit., p. 2 ss.

di Presidenza del CSM in seduta pubblica all'instaurazione di ogni provvedimento disciplinare⁷⁹.

7. L'altro aspetto da considerare con adeguata attenzione è la educazione del giurista – preoccupazione costante anche tra i filosofi da Uberto Scarpelli⁸⁰ a Francesco Gentile⁸¹ – con un *curriculum studiorum* innovativo al quale non manchino: la esperienza storica, ivi compresa quella contemporanea, degli istituti e delle istituzioni; la conoscenza quantitativa dei fenomeni; la sociologia con particolare riguardo alla famiglia e all'impresa; la cultura e le moderne correnti di pensiero; e soprattutto l'ermeneutica e l'argomentazione.

Si torni alla serietà degli studi, con prove attitudinali selettive, con una riflessione critica sulla liberalizzazione degli accessi indistintamente a tutti i corsi di laurea indipendentemente dal diploma di scuola secondaria, con un ripensamento sulla prassi della verbalizzazione delle prove di esame soltanto se positiva, con un maggiore rispetto per la meritocrazia fondata sulla garanzia della pari opportunità, con un più serio adempimento dei doveri da parte di chi insegna⁸².

Tutto ciò ricorda l'insistenza di Francesco Gentile sui doveri dell'uomo⁸³ in una società, la nostra, che sembra essere soltanto quella dei diritti, il quale indicava, come di struggente attualità, quanto si legge nel Programma del 1921 dell'organo della

⁷⁹ Per qualche maggiore ragguglio, P. PERLINGIERI, *Riforme della "giustizia civile" a Costituzione invariata*, in *Corti salernitane*, 2004, p. 7; ID., *La questione giudiziaria*, in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 164.

⁸⁰ U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 1 ss.

⁸¹ La riflessione di Gentile sulla formazione del giurista trae spunto dalla constatazione della «crisi della giustizia», comprovata da un documento interno al CSM (del 1991) dell'allora vicepresidente Giovanni Galloni, secondo il quale «Lo studente in giurisprudenza negli ultimi vent'anni è impegnato in uno studio molto più severo e tuttavia impara molto meno» (cit. da F. GENTILE in *Legalità giustizia e giustificazione*, cit., p. 9). Le ragioni di tale crisi venivano individuate nella maggiore attenzione data allo studio analitico della normativa anziché a quello dei principi che la regolano. A partire da tale riflessione l'attenzione è rivolta all'importanza della filosofia all'interno della scienza giuridica e al cammino che ha portato all'introduzione della filosofia del diritto nei piani di studio delle facoltà di giurisprudenza dell'università italiana. Al riguardo interessante è la critica alla parcellizzazione e alla frammentazione del sapere: «ogni forma di sapienza [...] per inverarsi ha bisogno di porsi la questione del tutto che è, appunto, l'università delle cose» (F. GENTILE, *Filosofia*, cit. p. 9). V. anche ID., *Diritto e clinica*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione sul caso*, Padova, 2000, p. 13 ss., che contesta il modo d'insegnare stigmatizzando la figura del c.d. "giurista virtuale" estraneo allo studio della casistica. Sul punto v. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 11 ss. e 66.

⁸² Risibile è la giustizia disciplinare nei confronti dei docenti di tutti gli ordini e gradi.

⁸³ F. GENTILE, *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, in *Atti del XIV congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Palermo 12-15 maggio 1983)*, Milano, 1984, p. 117 ss.; ID., *Filosofia del diritto*, cit., p. 164 ss.

Società italiana di Filosofia del Diritto, la «Rivista Italiana Internazionale di Filosofia del Diritto», fondata da Giorgio Del Vecchio: filosofi e giuristi «troppo spesso si ignorano e quasi ostentano una reciproca incomprensione mentre grande sarebbe da ambo le parti il vantaggio se, abbandonando vietati abiti mentali e diffidenze ingiustificate, si stabilisse tra gli uni e gli altri una certa comunione di lavoro e un attivo scambio di idee per ciò che concerne la vita del diritto e i suoi problemi fondamentali»⁸⁴. Auspicabile sarebbe che dalle diffidenze potessero scaturire, in una sana dialettica, piene sintonie, come è avvenuto tra Francesco Gentile e me. Ciò potrebbe essere assai utile, in questo momento storico, in un Paese, come il nostro, in profonda crisi etica e identitaria.

⁸⁴ F. GENTILE, *Legalità*, cit., p. 19 ss.