

## LA VIA PRUDENZIALE AL DIRITTO REALE

1. Introduzione - 2. Lo *ius: res et ars* - 3. La *prudentia iuris* - 4. Conclusione

### Abstract

Nel solco della teoresi di Francesco Gentile, ovvero sulla necessità di oltrepassare la legalità con una visione dialettica della giustizia (in senso platonico), e alla luce del realismo giuridico classico, occorre recuperare il sentimento aletico per attingere il vero e ciò che è giusto nella realtà. La via della prudenza è la via del realismo giuridico per mettere ordine nelle relazioni intersoggettive.

In the path of Francesco Gentile's theory, that is on the need to go beyond the legality with a dialectical vision of justice (in the Platonic sense), and in the light of classical juridical realism, it is necessary to recover the perceptive sentiment in order to draw on the truth and what is just in reality. The way of prudence is the way of juridical realism to establish order in intersubjective relationships.

Keywords: Gentile, truth, justice, prudence, experience.

### 1. Introduzione

Ci introduciamo nel discorso con due citazioni che possono dare il punto prospettico di quanto ci accingiamo a scrivere. Il taglio filosofico di quanto diremo è ben espresso dalla cara figura del rimpianto prof. Francesco Gentile:

*Un'attenzione filosofica all'esperienza giuridica è, dunque, richiesta proprio dai giuristi come momento qualificante uno studio corretto delle stesse leggi positive. E per questo un insegnamento nuovo si impone nel piano di studi giuridici riprende perlopiù il nome di Filosofia del diritto, benché non tutti con esso intendano la stessa cosa<sup>1</sup>.*

E dal prof. Carlos José Errázuriz quando in modo simile afferma:

*senza la filosofia del diritto non è possibile approfondire l'essenza di qualsiasi diritto, e in questo senso è decisivo assumere nella canonistica l'esistenza di una verità filosofica,*

---

<sup>1</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, Napoli, 2008, p. 12.

*riproposta con vigore dall'enciclica Fides et ratio. Vi è indubbiamente una legittima pluralità di approcci nella filosofia del diritto, ma se non esiste un orizzonte comune di verità, viene meno il suo stesso essere di filosofia, perché si trasforma in mero esercizio erudito o strumentale*<sup>2</sup>.

La nostra riflessione, nei meandri del giuridico in senso reale vorrà avere come faro e orizzonte la dimensione *aletica* dello *ius* inteso nella sua essenza come *ciò che è giusto*.

## 2. Lo *ius: res et ars*

Ponendoci in una concezione realistica e dialettica del diritto, riconosciamo nella natura umana e nella natura delle cose la fonte e il fondamento dello *ius*, per la determinazione di ciò che è giusto nel caso concreto.

È la realtà, più che la norma, che fornisce i parametri decisivi per la determinazione del diritto, che è la partizione del giusto.

La realtà, quindi, è il fondamento del diritto, più della legge positiva.

Vi è, così, un'esistenza ontologica che rende possibile l'istanza della positivizzazione e della successiva formalizzazione (più o meno conveniente, più o meno adeguata, più o meno riuscita) della legge.

Il diritto naturale è ciò che è reale, ciò che accade nella realtà, non è solamente una aspirazione; esso è un *metodo* o via che parte dalle *res*, dell'osservazione della *natura* e dell'ordine in essa presente per poter arrivare a dare soluzioni ai casi giuridici<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, Milano, 2000, pp. 255-256.

<sup>3</sup> Gentile fa notare come nella cultura contemporanea il diritto naturale si presenti come «un oggetto non identificabile non solo per la vaghezza e talvolta persino la contraddittorietà con cui si è cercato di individuarlo da parte dei cosiddetti o sedicenti giusnaturalisti, [...] ma anche per il suo improvviso apparire nei luoghi più impensati e ad esso meno congeniali del positivismo giuridico, ed è di qui che mi sembra opportuno prendere le mosse» ossia l'autore sostiene che, derivare il diritto dalla natura delle cose, è il solo modo oggi praticabile per recuperare la nozione del «diritto naturale», evitando di assumerlo come un ipotetico a priori (cfr. F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, p. 201).

In modo non dissimile si espresse papa BENEDETTO XVI: «Nell'attuale etica e filosofia del Diritto, sono largamente diffusi i postulati del positivismo giuridico. La conseguenza è che la legislazione diventa spesso solo un compromesso tra diversi interessi: si cerca di trasformare in diritti interessi privati o desideri che stridono con i doveri derivanti dalla responsabilità sociale. In questa situazione è opportuno ricordare che ogni ordinamento giuridico, a livello sia interno che internazionale, trae ultimamente la sua legittimità dal radicamento nella legge naturale, nel messaggio etico iscritto nello stesso essere umano. La legge naturale è, in definitiva, il solo valido baluardo contro l'arbitrio del potere o gli inganni della manipolazione ideologica. La conoscenza di questa legge iscritta nel cuore dell'uomo aumenta con

In altre parole, non si parte dalla volontà soggettiva dell'individuo, ma dalla natura oggettiva delle cose, ossia nel reale, nella realtà esterna (*medium in re*).

Quando le norme sono legate alla sola volontà positiva degli individui, ci troviamo, invece, nel positivismo giuridico.

Nella tradizione classica, il diritto è ciò che appartiene a ciascuno, per obbligo e nella giusta misura; esso è "oggetto della giustizia" perché è *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*<sup>4</sup>.

La giustizia «segue il diritto perché non può esserci un atto di giustizia laddove non vi sia un titolo a una certa cosa, dove la cosa non sia – in virtù di un titolo – qualcosa di dovuto, un diritto»<sup>5</sup>.

L'uomo fa sue le cose: è, questa, una relazione ontologica di appropriazione o dominio. Poi, subentra nei confronti dell'altro il dovere o il debito di rispettare, dare, ecc.

Le cose sono diritto, prima di tutto perché dovute e siccome sono dovute in giustizia, possono essere richieste dal titolare.

La facoltà di esigere, detta anche diritto soggettivo, nasce in un secondo momento. La *facultas agendi, possidendi, exigendi* è nulla *sine iure*, ovvero è nulla al di fuori della cosa giusta (*ipsa res iusta*).

La giustizia è in seno alle relazioni umane sulla base di un oggetto che deve avere la caratteristica dell'esteriorità. Il diritto è propriamente una cosa esterna al soggetto ed inserita, come direbbe Gentile, in un rapporto intersoggettivo, perché ne regola la modalità.

La parola *diritto*, connotando nella *res* la relazione di debito o di esigibilità, viene quindi ripresa nel senso classico di *ars boni et aequi* e la sua *scientia* (conoscenza) è *scientia iusti atque iniusti*<sup>6</sup>.

Nello sviluppo storico del diritto, esiste «una realtà del diritto naturale senza la quale la cultura giuridica europea non può essere compresa e che nessuna teoria può negare»<sup>7</sup>.

In questo sviluppo culturale dobbiamo considerare la linea che va da Aristotele al diritto romano e giunge fino a Tommaso d'Aquino. In questa linea, il diritto naturale costituisce la prima fonte del diritto generale.

---

il progredire della coscienza morale» (cfr. *Discorso ai partecipanti al Congresso sul diritto naturale promosso dalla Pontificia Università Lateranense*, 12 febbraio 2007).

<sup>4</sup> *Digesto*, 1.1.10.

<sup>5</sup> J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, 1990, p. 12.

<sup>6</sup> Cfr. *Digesto*, 1.1.1.

<sup>7</sup> W. WALDSTEIN, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento una società umana*, Torino, 2014, p. 1.

La conoscenza del diritto naturale non è questione di teoria filosofica più o meno attendibile, ma una realtà appartenente «all'intero sviluppo della cultura giuridica europea»<sup>8</sup>.

E in questa cultura si inserisce la dottrina sociale della Chiesa ed anche il diritto canonico, che argomentano «a partire dalla ragione e dal diritto naturale, cioè a partire da ciò che è conforme alla natura di ogni essere umano»<sup>9</sup>.

L'esistenza del diritto naturale viene da Dio, dalla creazione, ma la sua conoscenza non dipende dalla fede in Dio. Infatti, occorre riconoscere che il diritto naturale «poggia e si incarna nelle situazioni storiche determinate richiamando con forza il “senso umano” della giustizia e del bene comune»<sup>10</sup>. Occorre riconoscere, altresì, che vi sono principi che hanno una peculiare validità metastorica che permettono alle leggi scritte o al diritto positivo, per quanto geometricamente precise ed esigenti, di non perdere la loro vincolatività sostanziale<sup>11</sup>.

Il diritto, quindi, non sembra esaurirsi nella legislazione positiva, in quanto esiste un senso di giustizia che non sempre corrisponde alla legge scritta: «la dura, “geometrica” posizione hobbesiana, per cui nessuna legge scritta è ingiusta in base alla sequenza del dispotismo assoluto *a Deo rex, a rege lex*, non è sostenibile»<sup>12</sup>.

Per ritrovare questi principi, sempre validi, riprendiamo quella linea storica, che poco fa abbiamo richiamato e che già molti autori hanno ripartito in tre sostanziali momenti:

a) *Grecia*<sup>13</sup>

Quando pensiamo ad Antigone, si intravede che il vigore delle leggi non scritte, immutabili, sono preesistenti da sempre<sup>14</sup> e le si trova in sé stessi con una specie di intuizione in quanto non è altro che l'ordine del *cosmos*, oggettivo, nascosto nelle cose. La cultura greca può essere sintetizzata come la scoperta del valore del diritto o, meglio, del diritto come valore<sup>15</sup>, secondo la lezione di Opocher.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>9</sup> BENEDETTO XVI, *Deus caritas est*, n. 28a.

<sup>10</sup> F. FERRAROTTI, *Scienza e coscienza. Verità personali e pratiche pubbliche*, Bologna, 2014, p. 71.

<sup>11</sup> Cfr. per un maggior approfondimento: A.D. BUSSO, *El derecho natural y la prudencia jurídica*, Buenos Aires, 2008, pp. 107-230.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>13</sup> Cfr. J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho Canónico y afines (1958-2004)*, Pamplona, 2005<sup>2</sup>, pp. 634-638; cfr. anche R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2000, pp. 29-90.

<sup>14</sup> Cfr. SOFOCLE, *Antigone*, vv. 448-458.

<sup>15</sup> Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 2002, p. 28.

Ricordiamoci, poi, di Aristotele che sostenne che, nel giusto politico, una forma è naturale (in quanto dovunque ha la medesima potenza e non dipende dalle opinioni) e un'altra è legale (in quanto la differenza la fa solo dopo che è stata scritta e determinata, ma al cui inizio non fa differenza se scritta in un modo o in un altro). Giusto (*to dikaion*<sup>16</sup>), per Aristotele, è ciò che appartiene a qualcuno<sup>17</sup>.

b) Roma<sup>18</sup>

Ulpiano dice che neanche il diritto civile è del tutto fuori dal diritto naturale e che esso non è prodotto dal nulla o dall'arbitrio del legislatore, ma deve regolarsi sullo *ius naturale* e sullo *ius gentium*<sup>19</sup>.

Il giurista Paolo definisce il diritto naturale come quel diritto che è sempre buono e giusto<sup>20</sup>.

Gaio, poi, sostiene che un istituto civilistico, in quanto creato dall'uomo, può alterare i diritti civili, ma non quelli naturali, ossia *quod natura docuit*<sup>21</sup>.

Cicerone, nel *De officiis*, afferma che il diritto naturale serve a preservare e a comprendere il bene dell'uomo<sup>22</sup> e dice ancora che «vi è certo una vera legge, la retta ragione conforme alla natura, diffusa tra tutti, costante, eterna»<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Villay dedica un ampio spazio alla “scoperta di Aristotele” in merito al diritto inteso come ciò che è giusto. Seguendo l'analisi di Villay, in Aristotele dobbiamo anzitutto intendere che la giustizia «è sempre un'attività al servizio dell'ordine» (M. VILLAY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Siena, 2009, p. 56), un valore supremo che coincide con il bello, l'armonia. Occorre distinguere la giustizia in due accezioni:

a) *in senso generale*: l'uomo tende ad accordarsi con l'ordine cosmico universale; l'uomo occupa nel mondo il posto che gli spetta. Nel senso generale di giustizia, la finalità di questa è che l'ordine sia realizzato ovunque e in ogni cosa. In questo senso, la giustizia è la somma di tutte le virtù. È quasi sinonimo di *moralità*.

b) *in senso particolare*: questo senso dà forma ad una virtù più specifica, che è parte della giustizia in senso generale e totale. Tuttavia, presenta un maggior interesse pratico e politico perché sarà necessaria a *determinare la parte di ciascuno*. Il diritto (al neutro, *dikaion*) «prende veramente forma soltanto all'interno di questa forma di giustizia» (*ibid.*, p. 58). Questa, la giustizia in senso particolare, viene tripartita secondo tre criteri o attributi (pp. 62-70):

1. un oggetto: il diritto è un oggetto esterno all'uomo. Il sostantivo neutro *to dikaion* indica un ente. Per derivazione, la parola può indicare la *parte* che spetta a un individuo. Il *dikaion* è la *ripartizione* che compete al giurista o al giudice;

2. una proporzione: il *dikaion* è *isonomia* o *aequitas*. La giustizia particolare riguarda unicamente gli oggetti che si ripartiscono;

3. un giusto mezzo tra due estremi: il *dikaion* è *meson*, è il punto di mezzo che si rappresenta *in re*.

<sup>17</sup> Cfr. ARISTOTELE, *De virtutibus et vitiis*, 57.

<sup>18</sup> Cfr. J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho Canónico y afines (1958-2004)*, cit., pp. 638-639; cfr. anche R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, cit., pp. 91-153.

<sup>19</sup> Cfr. *Digesta* 1.1.1.2.

<sup>20</sup> *Digesta* 1.1.11.

<sup>21</sup> *Institutiones* 1.1. Cfr. anche 1.158.

<sup>22</sup> Cfr. 3. 31.

<sup>23</sup> *De Republica*, 3. 33.

I giuristi romani, quindi, hanno visto con molta chiarezza che il diritto naturale è vincolante perché dato dalla natura all'uomo, e può essere conosciuto e compreso – tramite la *recta ratio*<sup>24</sup> – dal medesimo. Le deviazioni furono sempre comprese come ingiustizia.

c) Tommaso d'Aquino<sup>25</sup>

L'esito del lavoro che dal II sec. a.C. al III sec. d.C. fu “codificato” da Giustiniano nel 533 d.C. e passò al Medioevo, fu recepito da San Tommaso e da altri nelle *facultates* del tempo (cfr. per es. Università di Bologna).

San Tommaso, esemplarmente, cita nei suoi testi i giuristi romani Celso, Ulpiano, Modestino e altri. L'apporto e l'ampliamento che la teologia cristiana ha dato al diritto naturale consiste nel limite invalicabile della coscienza e nel limite alla libertà del legislatore<sup>26</sup>.

La parola *ius* è rimasta, al netto della succinta storia che abbiamo riportato, nelle lingue moderne, solo nei termini derivati (giustizia, giurista, giuridico, giurisprudenza), mentre “diritto” fa riferimento ad un orizzonte retto, ad un orientamento lineare. Diritto, nell'immaginario collettivo, indica la norma o l'insieme di esse. Nel diritto romano, invece, come abbiamo visto, indicava l'oggetto della virtù della giustizia. Assieme al *suum* di ognuno, vi erano, poi, le leggi (regole, norme, patti, ecc.).

Nel *suum* sta l'atto di distribuzione o ripartizione, e in ciò consiste il diritto (*ius*), qualcosa di oggettivo e di esterno, che appartiene ad un soggetto (il possessore del titolo), ma che può essere in potere di un altro che è tenuto a rispettare, richiedere oppure dare.

Il diritto ha un'intrinseca doverosità. Il dovere giuridico è il dovere di giustizia, derivato dal diritto: «bisogna dare all'altro ciò che è suo proprio perché è suo»<sup>27</sup>. Il fondamento dello *ius* è nella

---

<sup>24</sup> In un saggio – ormai passato alla storia – di W. JAEGER, recentemente ripubblicato, *Elogio del diritto*, si dice: «Non so se sia stato osservato e messo in rilievo il fatto che la *recta ratio* dalla quale gli stoici derivarono il loro concetto di “legge naturale” era stato preso direttamente da questa filosofia del vecchio Platone, ossia dalla sua dottrina dell'*orthós logos* nelle Leggi. La legge naturale degli stoici aveva pure in comune con la legge di Platone la “divina” origine ed autorità in quanto entrambe erano fondate sulla natura e sulla ragione» (in M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, p. 44).

<sup>25</sup> Facendo sintesi con le acquisizioni della patristica, cfr. J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho Canónico y afines (1958-2004)*, cit., pp. 639-641; cfr. anche R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, cit., pp. 435-532.

<sup>26</sup> Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 96-97.

<sup>27</sup> E. BAURA, *Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villay, Sergio Cotta e Javier Hervada*, in C. J. ERRÁZURIZ, T. SOL, P. POPOVIĆ (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villay, Sergio Cotta e Javier Hervada*, in *Forum. Supplement to Acta Philosophica*, vol. 5/2, 2019, p. 571.

persona, che è *sui iuris*, diritto sussistente, nella sua dignità, in quanto è padrone (*compos*) del proprio essere.

Lo *ius* non è solo il *suum*, ma il *suum* dovuto, e tale dovere deriva dall'essere delle cose (con il consequenziale superamento della fallacia naturalistica di Hume, ripresa poi da Kelsen).

Quindi, lo *ius* non è astratto, ma è *res*, è oggetto della giustizia che, a sua volta, non è astratta, ma è una virtù che consiste nel dare a ciascuno il suo o, come direbbe Gentile, è la capacità dialettica a «mettere ordine nelle relazioni intersoggettive»<sup>28</sup>, che il giurista – colui che dice lo *ius* – deve precisare dandone contenuti, limiti e modalità.

L' *ars boni et aequi*<sup>29</sup> è, quindi, legata al discernimento, alla dialettica, alla modalità di raggiungere gnoseologicamente e ontologicamente tale *res*.

Lo *ius* non è il potere del soggetto sulla cosa, ma la cosa in quanto appartenente e vincolata al soggetto titolare. Il potere della persona su un ambito della realtà (sia cosale o personale), la sua facoltà di esigere o di rivendicare sono *res iustae*, ma non esauriscono tutto lo *ius*. La *res* ha la priorità ontologica sulla *facultas*:

*la confusione del diritto con il solo diritto soggettivo porta ad una visione vuota, formalistica, della giustizia, la quale si accontenterebbe di riconoscere le facoltà individuali, disinteressandosi invece del fatto che vengano rispettati i beni reali appartenenti alle persone, perché la distribuzione reale delle cose sarebbe un problema tecnico, di ordine economico o politico, che esulerebbe dall'ambito giuridico*<sup>30</sup>.

Il diritto non va visto, nel senso della Modernità, come potere della *auctoritas* (notevole è perciò il lavoro svolto da Gentile nello smascheramento delle aporie, aporie che possono presentarsi anche nel diritto canonico se inteso come solo ordinamento), della *voluntas*, della *utilitas*, ecc.

---

<sup>28</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 82.

<sup>29</sup> Dice Gentile: «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 statale, 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» (cfr. F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 25).

<sup>30</sup> E. BAURA, *Il rapporto tra diritto e norma*, cit., p. 573.

Il diritto sarebbe alla mercé dello spirito umano o della ragione critica (nel senso del razionalismo giuridico da Grozio in poi) o del volontarismo normativista. Sarebbe, cioè, indipendente dalla realtà delle cose (come anche Gentile deprecava). Noi cerchiamo, invece, un diritto oggettivo che è altra cosa dall'essere indipendenti dalla *natura rerum*.

Viceversa, un approccio realistico e dialettico (nel senso platonico, come poi verrà ripreso da Gentile) vede lo *ius* come quelle *res* appartenenti ai soggetti, che sono dovute dagli altri in base alla loro essenza.

Se sono dovute è perché c'è una necessità di essere (un *dovere di essere*, direbbe Sergio Cotta). Bisogna dare e dire lo *ius* a ciascuno perché la *res iusta* appartiene a quella persona, è un suo bene. L'*ars* consiste nel declinare il conflitto eventuale nella controversia<sup>31</sup>, che significa a sua volta il riconoscere oggettivamente i beni della persona coinvolta (senza confondere i beni della persona con i suoi desideri).

Il diritto va ricercato nel concreto delle relazioni intersoggettive ed è indissociabile moralmente dal valore della giustizia:

*Il movimento della ricerca del giurista, inoltre, è dialettico, nel senso classico del termine; ciò significa che il gioco delle intellezioni, il loro confronto, il loro scontro se del caso, è plurale e vive nella controversia. Ciò qualifica il diritto<sup>32</sup>.*

Sul filo della ragione e nel confronto delle ragioni e non sull'asse della forza sta la controversia, l'arte, cioè, di confrontarsi e dialogare nella verità. La controversia cerca di identificare il problema e di risolverlo con gli strumenti del diritto. Il terzo che giudica, oltre ad essere imparziale, deve essere sapiente, di una sapienza o saggezza giuridica. Come dice Savarese:

---

<sup>31</sup> Gentile a proposito della "controversia" usa queste parole: «al giurista si chiede di "trasformare" il conflitto, sorto per la pretesa di dominio su di una cosa, in controversia ossia nel confronto dialettico delle ragioni che suffragano la richiesta di riconoscimento del diritto di una persona. Causa del conflitto il dominio; oggetto della controversia il riconoscimento. Oggetto del conflitto la cosa; oggetto della controversia il diritto della persona. In questo frangente la prudenza del giurista è chiamata ad operare, con intelligente avvertenza per la natura della cosa in questione quale solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da sé stessi, una disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza consente, come si legge nel passo famoso della *Metafisica* di Aristotele: «La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare» (*Metaph. A.*, 984 A.)» (cfr. F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., pp. 72-73).

<sup>32</sup> P. SAVARESE, *Il rapporto tra il diritto e la morale*, in C. J. ERRÁZURIZ, T. SOL, P. POPOVIĆ (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, cit., p. 604.



*la ricerca della ipsa res iusta, immergendola nella dialettica in senso classico, la porta sul piano epistemico, cioè del primato della forma discendente dalla finalità che guida lo scambio interumano, e può, così, riconoscere l'intelligibilità e dividerne la ricerca proprio nel medio dello scontro discorsivo delle ipotesi interpretative che cercano di portare alla luce l'intelligibilità dell'oggetto di causa. Il primato della dialettica in senso classico, [...] significa la rottura e la liberazione dell'immediatezza sia istintiva che funzionale<sup>33</sup>.*

Il primato della dialettica, nella ricerca della *ipsa res iusta* mediante la controversia, rende possibile la comprensione del diritto come ordinamento delle relazioni intersoggettive, nella ricerca delle ragioni delle parti in causa attraverso l'equilibrata sistemazione dell'oggetto conteso. La dialettica è un tentativo di avvicinamento e di coglimento della *res*.

Il diritto, infatti, è *ars iudicii*: non è prodotto della volontà, ma della ragione, o, meglio, della dialettica di ragioni nel quadro di una controversia mediata da un terzo, guidata dalla bussola della *ratio*, della *natura*, della *veritas*.

Il diritto è sì un'ars, cioè una *techne*, una disciplina teorica e pratica insieme,

*ma è un'ars che non ha un oggetto specifico e limitato come le altre artes (ad esempio la medicina che ha per oggetto la salute del corpo, l'architettura che ha per oggetto la costruzione degli edifici) ma ha oggetto e finalità universali, cioè la realizzazione nel mondo e nella vita quotidiana del bonum et aequum<sup>34</sup>.*

L'approccio realista guarda prima alla realtà e, poi, alla norma. La norma è seconda, non secondaria, alla *res*. La dialettica (platonica) applicata alle leggi (o ai canoni nel caso del codice di diritto canonico) farebbe acquisire una dimensione più umanizzante al diritto, senza sviare dalla razionalità che vi è insita e farebbe emergere di più la dimensione esistenziale che quella imperativa. Lo *ius*, intrinseco all'umanità, perché ha fondamento *in re*, contribuirà così alla realizzazione e alla finalità della stessa *consociatio hominum* (in vista del bene comune), garantendo eguaglianza e libertà, ma soprattutto un agire secondo giustizia.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 606.

<sup>34</sup> L. MAGANZANI, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, in *Jus*, 2, 2019, p. 26.

La prospettiva dialettica, e quindi l'*ars iudicii*, diventa così una *Denkform* o *forma mentis* che – se fatta propria dai più – permetterebbe di avvicinarsi al diritto senza falsi pregiudizi e permetterebbe di aprire qualsiasi Codice non come una pila di leggi, ma come un supporto ermeneutico che faccia da ponte con la realtà concreta e umana.

Non optando per una visione estrinsecista del diritto, né per una visione meramente strumentale, Gentile colloca il diritto nella stessa realtà relazionale interumana, senza disconoscere le regole positive e le sentenze giudiziali, ma assecondandole allo *ius*.

Dice in profonda sintonia Errázuriz:

*situare i diritti negli uomini che sono relazione, e concepire questa relazione in termini di vera giustizia, costituisce un paradigma molto semplice, ma per niente facile da assimilare, in quanto siamo abituati a pensare il diritto come attività estrinseca rispetto ai rapporti interumani cui esso si riferisce, i quali vengono visti come fatti d'indole meramente empirica<sup>35</sup>.*

Il diritto sta negli stessi fatti, non nasce cioè dai fatti; esso sta nelle stesse cose in quanto giuste: dove “cosa” non è tanto un oggetto materiale, ma una realtà dovuta *ad alterum* secondo una certa uguaglianza.

Il realismo giuridico classico è, pertanto, «una prospettiva massimamente relazionale nella misura in cui mette a fuoco le stesse relazioni interumane»<sup>36</sup>. La giustizia è un bene giuridico perché – come fa notare Errázuriz – la giustizia è la sola virtù che viene considerata aristotelicamente «bene degli altri»<sup>37</sup>, perché a questi ultimi è diretta nel dare e rispettare ciò che è giusto e in certi casi ripartirlo.

L'arte di discernere il bene, ciò che spetta a ciascuno, permette di concepire il diritto quale bene secondo il rapporto e la misura di ciò che è giusto.

Il diritto come bene è, dunque, relazionale, secondo un'ottica personalista ontologicamente fondata. Infatti:

---

<sup>35</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *L'essenza del diritto alla luce delle proposte di Sergio Cotta, Michel Villey e Javier Hervada: riflessioni conclusive*, in C. J. ERRÁZURIZ, T. SOL, P. POPOVIĆ (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, cit., p. 711.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 713.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 714.

*mettere il bene al centro della concettualizzazione del diritto non solo non elimina gli altri analogati del diritto, a cominciare dalla facoltà di esigere e dalla norma, ma fonda ed illumina la loro partecipazione alla giuridicità<sup>38</sup>.*

La *sfida* di concepire il diritto nell'ottica del bene può essere supportata e portata "alla vittoria" nella dialettica del bene comune che consiste nel cercare in comune il bene (giuridico) secondo quanto ha insegnato Gentile<sup>39</sup>.

Il diritto nelle *res*, il diritto preesistente alla volontà umana, comporta il riconoscimento di un piano ontologico, su cui stanno (*sub-stans*) gli aspetti permanenti della natura umana e su cui sussistono (*sub-sistens*) gli aspetti mutevoli e storici.

La chiarificazione del diritto nella sua essenza aiuta a centrare la soluzione dei casi pratici e aiuta ad elaborare tali soluzioni alla luce di una creatività e fecondità che il mero appiattimento tecnico-legale non può dare.

### 3. La *prudentia iuris*

La filosofia classica considerava l'uomo come un essere naturale dotato di un'essenza stabile che gli viene dalla natura (*physis*), la quale impone leggi biologiche e dettami morali.

La natura aveva nella Grecità il primato sulla storia (essere > libertà).

Il Cristianesimo rilegge il dato antropologico alla luce della Creazione, senza lasciarsi irretire dal determinismo greco. L'uomo è creatura e Dio è Creatore. Esiste pertanto una differenza ontologica fra ciò che è creato e ha l'essere per partecipazione e il Creatore che è l'essere per essenza. Tale differenza è inoltrepassabile (essere = libertà).

La Modernità non vede più nell'uomo un parto della natura, ma piuttosto un prodotto di sé stesso. È la posizione storicista in cui l'esistenza ha il primato sull'essenza, la libertà sulla ragione, la storia sulla natura (essere < libertà).

Quest'ultima visione metafisica comporta una opposizione tra natura umana e libertà e considera inadeguata la prima a esprimere appieno la seconda (la libertà o l'esistenza).

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 717.

<sup>39</sup> Cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit., p. 43.

Dal rifiuto della sostanza a vantaggio di un indeterminato esser-ci (*Dasein*), heideggerianamente un essere-gettato, si giunge al rifiuto della natura umana che contrasta – con la sua fraintesa fissità – col dinamismo proprio dell'uomo.

L'uomo non ha natura, ma storia; l'uomo è storicità, è un *quehacer* (Ortega y Gasset), un dramma. L'uomo non è un esser-fatto, ma un da-farsi; non è un *factum*, ma un *faciendum*. In poche parole, la categoria dell'uomo non è l'essere (l'ontologia), ma il farsi (prassi).

L'uomo è libertà (Sartre), anzi la libertà è l'essenza stessa dell'uomo. L'aporia tra natura umana e libertà (sopra tracciata brevemente) si supera se si perviene alla metafisica dell'*esse ut actus*<sup>40</sup>: non c'è bisogno di abbandonare l'essere per affermare la storicità dell'uomo perché la stessa umanità è tenuta al mondo dall'atto di essere, che è perfezione di ogni perfezione. Questo atto profondo e intimo non varia; variano le attività esistenziali, varia il mio essere nel mondo, non il mio *essere nell'essere*.

Aristotele aveva dato perfino sei definizioni di *natura* nel libro V della *Metafisica*<sup>41</sup>. Il sesto e ultimo significato è "ogni essenza". Ma la natura vuol essere illuminata dalla ragione. Infatti, natura significa sia l'unità di un gruppo di enti, sia l'unità interna ad un essere concreto (ovvero la sua inconfondibilità, la sua permanenza e la sua costanza dell'essere). Natura umana, quindi, significa la *res* comune a tutti gli uomini che a questa natura partecipano e che, al contempo, li rende incompatibili ed escludenti con un'altra natura.

Definito a sommi capi cosa sia la natura (e in specie quella umana), possiamo chiederci: esiste qualcosa che sia giusto per natura? Così dicendo, non sembra che si leda la libertà dei singoli mentre si ricerca ciò che è comune a tutti?

Ecco qui la necessità di armarsi della dialettica giuridica come l'ha intesa Gentile riprendendo il famoso passo di Platone<sup>42</sup>. E vi possiamo corrispondere con le parole di Benedetto XVI:

---

<sup>40</sup> Cfr. C. FABRO, *La nozione metafisica di partecipazione secondo San Tommaso d'Aquino*, Segni, 2005.

<sup>41</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Metafisica*, V, 4, 1014b 16 – 1015a 19.

<sup>42</sup> «Di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune, non si smette di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono le specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi e distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere» (cfr. PLATONE, *Politeia*, 285 a-b).

*una concezione positivista di natura, che comprende la natura in modo puramente funzionale, così come le scienze naturali la riconoscono, non può creare alcun ponte verso l'ethos e il diritto, ma suscitare nuovamente solo risposte funzionali*<sup>43</sup>.

È l'ordine intrinseco della natura umana che il diritto, in quanto *ipsa res iusta*, deve *invenire* (scoprire e riconoscere) e che diviene il fondamento dell'ordine morale e giuridico. La normatività della natura è un insieme di realtà e di regole che la *recta ratio* progressivamente conosce e rivela per via intuitiva e dialettica, misurandosi e confrontandosi con la realtà delle cose.

Il diritto naturale è certamente elaborato dallo spirito umano, ma, «essendo la sua natura la giustizia, esso è innanzitutto “coglimento” dell'*id quod semper aequum ac bonum est*»<sup>44</sup>.

L'essere e la giustizia emergono nel pensiero che li concettualizza (cogliendone ciò che è in sé e per sé) perché innanzitutto sono. Ne consegue che *libertà e diritto* non sono affatto conflittuali purché non si intenda in senso moderno la libertà come assoluta autodeterminazione, e il diritto come un mero prodotto del potere né come il risultato di un sillogismo che lo fa condizionato soltanto allo Stato (o Sovrano).

La natura è, quindi, parametro del rapporto diritto/libertà, in quanto non ci sarebbero abusi e ingiustizie se la natura non fosse normativa e non desse dei limiti al potere e alla volontà.

Ciò significa che, anche ciò che è per legge (positiva), non è meramente convenzione, né è *indifferentia*, pur potendosi eventualmente regolare in maniera diversa una medesima *res*.

I principi del diritto non dipendono, quindi, dalla volontà, ma emergono dalle cose: «sono proprietà delle cose colte tramite l'intelletto: emergono nel pensiero, perché sono. Sono, cioè, la cosa in sé e per sé, la quale può essere compresa solo se l'intelligenza si adegua ad esso»<sup>45</sup>.

Il diritto è parte dell'esperienza umana, ma se diventa autoreferenziale cade nel nichilismo (giuridico). Il diritto, invece, è determinazione di ciò che è giusto e al contempo fondamento della norma e dell'ordinamento. E sarebbe aporetico separare il giusto dalla natura delle cose, così come sarebbe assurdo separare il valore dell'essere. La natura è, in sé, un piano della verità: senza verità il diritto si fa sopruso e violenza dato che il rispetto della natura impone sempre il rispetto della razionalità.

---

<sup>43</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso al Reichstag di Berlino*, 22 settembre 2011.

<sup>44</sup> D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011, p. 46.

<sup>45</sup> ID., *Quale diritto?*, cit., p. 41.

L'impianto della teoria generale del diritto canonico e della teoresi di Francesco Gentile è basato sulla concezione prudentiale e sapienziale del diritto. Il positivismo ha concepito, invece, il diritto come tecnica astratta e formale. Occorre rivendicare il ruolo dei giuristi<sup>46</sup> nei confronti della politica e della legislazione, a favore del loro essere garanti dell'ordine di giustizia e tutori della razionalità delle leggi e non ridotti, come dice Gentile, ad enzimi del potere<sup>47</sup>.

Occorre riscoprire, da un lato, la potenza intuitiva e intellettuale della ragione, e dall'altro – senza ridurre la ragione ad algoritmo – rivalutare la ragion pratica, tipica della *prudentia iuris*.

È la prudenzialità che «salvaguarda infatti la concretezza, l'oggettività e la razionalità di ciò che è giusto»<sup>48</sup>. In questo approccio giusnaturalistico o meglio giusrealista, si iscrive nella matrice veritativa e razionale, anzi relazionale, dello *ius*, del fenomeno giuridico. La giuridicità (della Chiesa e di uno Stato) non è legata alla semplice esistenza di rapporti sociali che richiedono un *ordo* (secondo l'adagio *ubi societas, ibi ius*), ma alla determinazione e ripartizione concreta della *natura* o essenza della cosa, ovvero la cosa che impone la ricerca della verità. Il realismo della *prudentia iuris* chiede di non fermarsi alla superficie o al dato normativo posto, ma di arrivare alla radice ultima della relazione di giustizia: il dover essere delle cose, l'esteriorità, l'intersoggettività.

La prudenza si basa sul caso concreto, che non è riducibile alla fattispecie. Nel caso della fattispecie, si subisce la prevedibilità, cioè un diritto calcolabile, non la giustizia, ma solo la coerenza tra norma e decisione, cioè un diritto ridotto a mera forma, a procedura prevedibile.

La prudenza è legata alla filosofia del senso comune che percepisce la giuridicità come giustizia (l'essenza del diritto).

La prudenza o arte del diritto mira alla giustizia e “la giustizia segue il diritto” (Hervada e altri) e il diritto è nelle cose (Gentile e altri). Ciò che suo è una *res*, la giustizia è, quindi, la virtù di dare compimento al diritto e di rispettarlo.

Il diritto del nostro tempo – l'abbiamo ripetuto più volte – è un diritto senza verità. Può un tale diritto garantire la certezza? Se la formalità giuridica è l'unico titolo di validità del diritto, perché non si ricorda quasi mai che *anche il positum* è mutevole?<sup>49</sup>. Il diritto ha preso una caratura solo

---

<sup>46</sup> Cfr. M. DEL POZZO, *L'applicazione del concetto di diritto alla dimensione giuridica nella Chiesa*, in C.J. ERRÁZURIZ, T. SOL, P. POPOVIĆ (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, cit., p. 643. Il giurista deve, cioè, discernere e dichiarare il giusto.

<sup>47</sup> Cfr. F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 57.

<sup>48</sup> M. DEL POZZO, *L'applicazione del concetto di diritto alla dimensione giuridica nella Chiesa*, cit., p. 635.

<sup>49</sup> Cfr. A. FAVARO, *Certezza del diritto e Legge. Dal magistero di Enrico Opocher e di Michel Villay*, in C.J. ERRÁZURIZ, T. SOL, P. POPOVIĆ (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, cit., p. 814.

strumentale, quasi completamente appoggiato allo Stato e alle cangianti e mutevoli volontà che dominano la società. Il diritto da *ars boni et aequi* si è andato sempre più riducendo ad uno strumento del potere «per realizzare, perpetuare giustificare la volontà dominante, per piegare e dirigere l'azione verso qualsiasi avventura, per assicurare validità oggettiva allo stesso arbitrio»<sup>50</sup>.

Per poter arginare questa deriva, occorre non «illudere i consociati con adesioni fideistiche contingenti»<sup>51</sup>, ma occorre «indicare loro un fine (si direbbe oggi un obiettivo/una *mission*) in modo che questi uomini e donne possano dividerlo (o meno), ma non comunque subirlo come ingranaggi in una catena di montaggio»<sup>52</sup>.

Nella prospettiva geometrico-legale, sinonimo del positivismo giuridico, si predilige la scientificità, l'astrattezza, la validità, la coerenza, l'operatività, anziché il valore, l'essenza, la cosa giusta. Il diritto è, invece, vincolato alla *res*. Come il diritto naturale è, inoltre, intrecciato al diritto positivo, così la ragionevolezza ontologica e veritativa dello *ius* è intrecciata alle pur necessarie (ma non sufficienti) esigenze di validità, coerenza, scientificità, tecnicità, ecc<sup>53</sup>.

Il giurista, armatosi di prudenza (che non è temporeggiare né comprometersi), deve sentire «il bisogno di affrontare temi di fondazione e rifondazione del proprio sapere»<sup>54</sup>.

Il diritto è un bene che offre un criterio razionale, naturale, per regolare le relazioni intersoggettive e indicare ciò che è giusto. Una cosa non è vera, giusta, buona, perché lo dice la legge, ma è tale perché è *così* e la legge la tutela, la garantisce, la “relativizza” verso altri beni o cose altrettanto vere, buone e giuste, mettendole nella giusta gerarchia: «la cosa migliore è che abbiano forza non le leggi, ma l'uomo regale dotato di saggezza»<sup>55</sup>.

In tal modo si passa dalla dialettica al discernimento e dal discernimento alla discrezione prudentiale: questo può essere l'*iter* dell'essenza di ciò che è giusto. Se la prudenza è la regola concreta, la *recta ratio* (dell'oggetto), e se la giusta misura dell'agire virtuoso (del soggetto) è il diritto proprio dell'agire dell'uomo, la *prudenza* si esprime come la stessa *razionalità del diritto nell'esperienza concreta* (sintesi tra soggetto e oggetto): «*materiae prudentiae sunt singularia contingentia, circa quae sunt operationes humanae*»<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> E. OPOCHER, cit. in *ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 815.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Con questa determinazione dialettica, potrebbe accadere che un legislatore inferiore legiferi, cioè dica lo *ius*, il *ciò che è giusto* nella sua particolare realtà, e ciò vada contro il dettato della legge suprema, universale (*legalità*).

<sup>54</sup> P. GROSSI, cit. in *ibid.*, p. 817.

<sup>55</sup> PLATONE, *Politeia*, 294 a-b.

<sup>56</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 47, a. 9.

Partendo così dal riconoscimento della *ipsa res iusta*, passando dalla *discretio prudentialis*, si potrebbe giungere alla virtuale imperatività della legge (*ordinatio rationis* oppure platonicamente *loghismós*, pensiero ragionato<sup>57</sup>).

Tutto il percorso è strutturato dalla *phronesis*, dalla *ratio*, della *prudencia* (che coglie il teorico e pratico *simul*), conformando l'agire all'essere, la volontà alla ragione, ovvero rendendo compatibile la regola o la norma particolare al principio generale che l'ha giustificata e indirettamente fondata.

Il “giusto”, che abbiamo visto sorgere non dal fatto, ma dalla *natura rei*, sta, perciò, nella prudenza. E quando questa viene assunta, il *positivo* della legge si intreccia con il *naturale* della *realtà*. La prudenza, infatti, è la virtù che permette di dirigere ogni azione al debito fine, ricercando allo scopo i mezzi più adatti e idonei. Come tale, essa è insita in ogni virtù ed è la *porta virtutum*:

*secondo l'uso presente del parlare e del pensare, la prudenza sembra essere meno una premessa quanto piuttosto un'elusione del bene. Il bene è la prudenza: codesta affermazione suona quasi assurda per noi. Oppure noi la fraintendiamo come la formula di un'etica utilitaristica abbastanza palese. Infatti, prudenza ci sembra abbia, secondo il suo concetto più affinità col solo utile, con bonum utile, anziché con il bonum honestum col nobile<sup>58</sup>.*

Prudenza non è furbizia. Infatti, per la morale classica e cristiana:

*la preminenza della prudenza significa che la realizzazione del bene suppone la conoscenza della realtà. Fare il bene può solo colui che sappia come siano e come stiano le cose. La preminenza della prudenza significa che in nessun modo sono sufficienti la cosiddetta “buona intenzione” e il cosiddetto “buon proposito”. La realizzazione del bene presuppone che il nostro agire sia conforme alla situazione reale – cioè alle realtà concrete, che “circondano” una concreta azione umana – e che noi, quindi, prendiamo sul serio queste concrete realtà con lucida obiettività<sup>59</sup>.*

---

<sup>57</sup> Nel senso platonico, «la legge è la verità intorno a ciò che realmente è (*aletheia tou ontos*)» (cfr. W. JAEGER, *Elogio del diritto*, cit., p. 48).

<sup>58</sup> J. PIEPER, *La prudenza*, Brescia-Milano, 1999, pp. 20-21.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 31.



La prudenza, da quanto detto, deve sapere come siano le cose (*essentia*) e come stiano le cose (*existentia*). Quindi, tale virtù – necessaria ed essenziale al giurista – ha come dimensione irrinunciabile la ricerca, l'approssimazione e l'attingimento dell'essere, cioè della realtà in tutte le sue dimensioni.

Ciò comporta (per lo Stato come per la Chiesa) che, di fronte a qualsiasi situazione che ci obbliga ad agire, occorre indagare sulla *res* che ci sta dinanzi (sulla sua essenza o natura) e su quella base determinare lo *ius*, e decidersi per il bene contro la tentazione dell'ingiustizia. Da ciò deriva il nucleo portante della giustizia, correttamente inteso: «è solo in grazia nella creazione che nasce la possibilità di dire: a me compete qualche cosa»<sup>60</sup>.

Proprio perché l'uomo è persona, «vale a dire un essere spirituale che esiste intero in sé, per sé e orientato in sé e a motivo della propria perfezione – per questo compete a lui in senso assoluto qualcosa»<sup>61</sup>.

Se la giustizia è dare a ciascuno il suo, richiamando lo *ius perenne*, ciò significa che non esiste giustizia allorché convenzioni umane, persino unanimi, riconoscano come giusto ciò che va contro la natura personale, contro la dimensione razionale delle cose. La giustizia e la prudenza acquisiscono, pertanto, legami molto stretti con l'antropologia, la metafisica e la teologia.

Gentile, a ragione, sottolinea – da un approccio diverso ma non distante dal tomismo – la dimensione “razionale” del legislatore e cerca di vederci un po' più chiaro «a proposito del pedaggio che la volontà deve, o dovrebbe pagare alla ragione per potersi dire autenticamente capace di ordinamento»<sup>62</sup>. La razionalità è ciò che “raziona”, ciò che ordina e divide, ciò che lega e distingue al contempo.

Nel processo di ordinamento delle relazioni intersoggettive, che costituisce il nucleo della esperienza giuridica, «l'applicazione razionale ha un ruolo cardinale»<sup>63</sup>. In Pieper ritroviamo una comprensione della giustizia che descrive in poche battute quanto abbiamo cercato di analizzare prima:

---

<sup>60</sup> ID., *La giustizia*, Brescia-Milano, 2000, p. 31.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>62</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 92.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 93.

*In tempi in cui l'individuo viene trattato come se assolutamente niente abbia ad appartenergli a titolo di diritto, di suum (purché ciò non accada per un mero imbarbarimento di fatto della prassi del potere, bensì come conseguenza di teorie programmatiche), ben poco vale richiamarsi alla libertà della persona e ai diritti dell'uomo<sup>64</sup>.*

Essere prudenti, concreti e realistici, significa non illudersi di semplificare l'esperienza giuridica esulando dalla realtà, come spesso fa un potere non prudenziale. La prudenza è limite al potere. Essa può proporsi come essenza del giuridico perché da essa emerge la vera natura del diritto come entità connaturata all'essere umano. Possiamo, quindi, chiederci con le parole di Gentile: «Che si radichi qui, nell'oblio di questa virtù cardinale, la crisi odierna del giuridico? Del legislativo ma anche del giurisprudenziale?»<sup>65</sup>.

Interrogarsi preliminarmente sulla *prudentia* corrisponde ad un'esigenza profonda nel governo delle relazioni interumane. Mediante la prudenza, l'azione umana diviene giusta, essendo "misura" di ogni azione.

Dice a tal proposito San Tommaso:

*Bonum hominis, in quantum est homo, est: ut ratio sit perfecta in cognitione veritatis, et inferiores appetitus regulentur secundum regulam rationis; nam homo habet quod sit homo per hoc quod sit rationis<sup>66</sup>.*

La ragione, bene essenziale dell'uomo, permette all'uomo non solo di distinguersi dalle altre specie, ma soprattutto di perfezionarsi nella conoscenza della verità e, *secundum regulam rationis*, di informare la volontà e l'azione.

Potremmo ancora dire:

*la prudenza è la misura del volere e dell'agire allo stesso modo in cui misura della prudenza è la ipsa res, la cosa stessa e che il conformarsi del volere e dell'agire alla verità significa il conformarsi del volere e dell'agire all'essere, o natura, delle cose. La realizzazione del bene presuppone la conoscenza della realtà<sup>67</sup>.*

---

<sup>64</sup> J. PIEPER, *La giustizia*, cit., p. 38.

<sup>65</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 93.

<sup>66</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Quaestio disputata* "De virtutibus in communi", 9, cit. in *ibid.*, p. 7.

<sup>67</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione*, cit., p. 97.

Quindi, la prudenza ha due volti: uno guarda la realtà oggettiva (ed è quanto abbiamo appena visto), mentre l'altro guarda all'attuazione del bene.

San Tommaso introduce, infatti, nel discorso sulla virtù della prudenza «un fattore nuovo e cardinale: l'*affectus*. Solo chi è prudente può agire bene, ma prudente può essere solo colui il quale sia disposto ad «amare e volere il bene»<sup>68</sup>, ossia

*la volontà del bene rende possibile che la risoluzione prudente riceva effettivamente il suo quid della vera conoscenza della realtà. La rettitudine della volontà del fine dà via libera alla verità affinché essa possa imprimere al volere e all'operare il sigillo dell'adeguazione all'essere*<sup>69</sup>.

Basterà aprire il *Digesto* per trovare una serie infinita di massime e di broccardi che ci permettono di vedere con l'occhio interiore lo spirito del diritto: *secundum naturam...*, *contra rationem...* Infatti, ciò che si deve fare, pensare o essere, implica la conformità alla *prudentia*, mentre mancare di conformarsi è irrazionale<sup>70</sup>:

*è irragionevole vivere solo di momento in momento seguendo bramosie immediate o semplicemente lasciandosi trasportare. È pure irrazionale dedicare esclusivamente la propria attenzione a progetti specifici che possono essere realizzati compiutamente con il semplice applicare mezzi determinati a determinati obiettivi*<sup>71</sup>.

La prudenza ci permette, quindi, di valutare le cose facendo emergere l'eterno nel tempo e discernendo tra l'universale e il particolare, senza nessuna preferenza arbitraria tra le persone e i valori. Essa ci permette, infine, di giudicare ciò che è *più adeguato* (e qui giudicare può riferirsi sia all'opera di un giudice, ma in modo più esteso anche al giudizio come seconda operazione della logica, e quindi come apprensione dell'esistenza nella conoscenza della realtà), e non soltanto *più coerente*.

---

<sup>68</sup> A. FAVARO, *La Prudenza del Giurista e la Natura del Diritto*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 58, 2018, n. 2, p. 527.

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 527-528.

<sup>70</sup> Cfr. J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti umani*, Torino, 1996, p. 112.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 112.

La prudenza giuridica, e anche quella canonistica, si fondano, pertanto sul fatto che tutte le persone possiedono, almeno in senso minimale, questa conoscenza prudenziale per potersi comportare in modo giusto nella vita.

#### 4. Conclusione

L'esigenza di una illuminata giustizia «ispira il riconoscimento di differenze inobliterabili»<sup>72</sup>: non c'è giustizia senza verità, né verità senza giustizia! Tale è stata la lezione di Giambattista Vico che sentenziava: «*verus Deus; ut verae religionis, ita veri iuris, verae iurisprudentiae principium est*»<sup>73</sup>.

Vico intuì che è impossibile scindere lo *ius* dall'*idea veri*, la cui *vis* è il sostegno della *societas*. Oggi, sulla via della giustizia intesa in senso dialettico, possiamo continuarne la strada tracciata da sì nobili maestri.

VITO SERRITELLA  
Ufficiale Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi

---

<sup>72</sup> N. PETRUZZELLIS, *Valori e libertà*, Napoli-Roma, 1988, p. 514.

<sup>73</sup> Cit. in *ibid.*, p. 216.