

## IL DIRITTO TRA IDEA E AZIONE \*

*Salvatore Piraino*

SOMMARIO: 1. Diritto ed *esperienza* giuridica – 2. L'*ars iuris* – 3. La laicità del diritto

1. – Il problema della risoluzione del diritto in esperienza giuridica è argomento alquanto dibattuto in dottrina, anche se non ne appare chiara la ragione alla luce della pur ovvia considerazione che, se il diritto qualifica l'esperienza, esso non può essere l'esperienza: in proposito si è osservato che, se l'aggettivo "giuridica" qualifica l'esperienza, non possono esperienza giuridica e diritto essere tutt'uno <sup>1</sup>.

Se l'esperienza comune è il contatto dell'individuo con la realtà, l'esperienza giuridica non può che essere il rapporto, il contatto tra diritto e realtà, presupponendo essa il diritto, che non può da tale esperienza derivare, ma è a questa unito e ne costituisce la necessità. Spetta alla scienza del diritto il compito di studiare l'esperienza giuridica, applicando nell'osservazione dei fatti le regole fornite dal diritto, da un diritto diverso dallo *jus positum*, che rispetto all'opera della scienza è un *posterius* non un *prius*, il quale nasce dall'esperienza, cioè dal rapporto o contatto tra diritto e realtà, tra il diritto tradizionalmente inteso come *ars boni et aequi* e la realtà percepita attraverso una visione originaria e immediata delle azioni dell'uomo.

La conoscenza del diritto postula lo studio dell'esperienza giuridica <sup>2</sup>, intesa come l'azione dell'individuo che si uniforma o contravviene alla regola imposta dall'esigenza di mettere ordine fra gli uomini, e l'analisi dell'esperienza porta alla scoperta delle leggi, il cui valore non è limitato all'esperienza

\* Dedicato all'amico Enzo Lojacono, recentemente scomparso.

<sup>1</sup> F. Carnelutti, *Tempo perso*, Firenze 1963, 419.

<sup>2</sup> Sul diritto inteso non nella fissità di un sistema di enunciati, ma nel modo d'essere di un'esperienza vissuta, v. N. Lipari, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, 3.



circoscritta o determinata: nei comandi concreti, caso per caso, si rivela a sprazzi l'ordine, il principio supremo che serve all'uomo per compiere l'opera del diritto, la macchina del diritto, quel meccanismo che è l'ordinamento giuridico, quel tanto che gli uomini riescono a cogliere dell'ordine, risolvendo in leggi, cioè in comandi astratti, i comandi concreti che la necessità impone all'uomo di elaborare (*necessitas facit legem*, nel senso del bisogno di comporre i conflitti che induce l'uomo a rinvenire quel tanto di ordine che egli può essere realmente in grado di percepire).

Lo studio delle relazioni intersoggettive porta a conoscere che tra le parti il bisogno di unità non è altro che tensione verso qualcosa che si lascia approssimare ma mai cogliere, verso l'ordine o principio, la cui essenza è l'armonia che stringe le parti in unità. E l'ordine è "il mistero della legalità", è la sostanza della legge, che incide in modo diretto sui rapporti tra i soggetti, assegnando a ciascuno il suo posto, *cuique tribuere suum*.

Se il diritto è frutto dell'elaborazione umana, è insieme formazione e interpretazione di norme e l'una e l'altra, come già intuito dai romani, appartengono al regno dell'arte, è pur vero che l'arte non può fare a meno della tecnica<sup>3</sup>, che è applicazione di regole o di parametri, cioè di quei concetti che sono diretta emanazione del concetto fondamentale dell'ordine, principio di ogni legge. E i concetti, che la dottrina ritiene non siano un trovato della scienza ma dell'arte, della scienza sono lo strumento, la cui determinazione rappresenta la prima fase della conoscenza caratterizzata dalla predisposizione di tutto ciò che serve ad isolare i fatti, a rendere la realtà accessibile alla umana percezione e comprensione, nell'incessante tensione verso il rinvenimento dell'ordine nell'esperienza.

2. – *L'ars iuris*, che come tutte le arti è quel tanto di trascendente che si esprime nella creatività degli uomini, trova i suoi supremi canoni peculiari nel *bonum et aequum*, nella giustizia e nella ragionevolezza: nel concetto di giustizia notoriamente legato a quello di eguaglianza, concetto quest'ultimo che si risolve in quello di equivalenza, *suum cuique tribuere*; e nel concetto di

<sup>3</sup> Dissente da una configurazione della tecnica del diritto come mera tecnica, volta a garantire che la formazione delle norme, prodotte come ogni merce, avvenga nel rispetto delle procedure all'uopo previste, indifferenti verso ogni contenuto (N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari-Roma, 2005): F. Gallo, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, 31.

ragionevolezza, intesa come verifica del giudizio, che è il prodotto dell'intuizione, intuizione o intelligenza che postula il ragionamento, procedimento della ragione che parte sempre dall'esperienza, dall'analisi dell'esperienza.

Nel quadro di un sempre più marcato pluralismo normativo, giurisprudenziale e culturale dell'età contemporanea, nel sempre maggiore infittirsi delle norme nel segno della varietà delle iniziative, se nelle molteplici soluzioni normative dovesse venire a mancare il rispetto dei canoni in questione, potrà aversi l'apparenza, ma non la sostanza del diritto<sup>4</sup>, e ciò che si propaga come un ricostituente della libertà, nell'ottica dell'esaltazione delle forze della volontà cui per intero si consegnerebbe la normazione, si rivela come un vero e proprio veleno, quando pur nella esaltazione dell'individuo ne possa risultare pregiudicata la salute.

Il superamento della concezione statualistica del diritto e l'idea che, nel nostro sistema, la produzione del diritto non sia più concentrata nelle leggi e che lo stesso sistema sia basato sul *consensus populi* in alcun modo prescindono dall'esclusione che la norma, comunque prodotta, possa discostarsi dai supremi canoni della giustizia e della ragionevolezza, elementi fondamentali del fenomeno giuridico, rispondenti alla realtà e alle esigenze profonde della convivenza umana: lo stesso popolo sovrano non possiede il potere giuridicamente fondato di intaccare tali sommi criteri, ai quali sono sottoposti gli stessi precetti costituzionali in qualsivoglia materia<sup>5</sup>.

Sulla derivazione del diritto dall'azione dell'uomo sovviene la considerazione che l'azione implica una scelta, e a scegliere serve la libertà, sicché libertà e scelta sono tutt'uno, nell'ottica dell'azione che presuppone il giudizio, senza il quale essa sarebbe cieca, non libera ma imprigionata nella forma. Il rapporto o contatto tra il problema del giudizio o della conoscenza e il problema dell'azione assume peculiare rilievo ove si tenga presente che nel giudizio risiede la sostanza del diritto e non nella legge, nel senso che il diritto, pur qualora si intenda come ordinamento giuridico, è un insieme di giudizi, prima che di leggi.

<sup>4</sup>F. Gallo, *op. cit.*, 40.

<sup>5</sup>G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, 85 ss.

Se tra il giudizio e la scelta o azione c'è di mezzo il ragionamento, che serve a verificare il giudizio, è pur vero che la verifica è governata da regole, che compongono un sistema di sillogismi implicanti una sintesi di giudizi, ottenuta attraverso una serie di esperienze culminanti negli indispensabili connotati che il diritto assume in virtù dei supremi criteri del *bonum et aequum*, che danno alla forza dell'invenzione umana ciò che le serve a compiere l'*opus*, a costruire l'immensa macchina del diritto.

Il diritto attinge la propria forza dalla fede, dalla fede nella dignità dell'uomo, della quale dovrebbe presupporre l'elemento tecnico-sapientiale fornito dalla scienza (*crede ut intelligas, intellige ut credas*), perché essa è la strada che sola può condurre alla realizzazione della pacifica convivenza, più dello stesso confidare nel *consensus populi* travagliato da conflitti la cui soluzione neanche la *pars maior*, nei sistemi democratici, emancipa dalle suggestioni di una mentalità che, soggiacendo alle lusinghe di altri saperi (economia, tecnologia, politica), appare sempre più aliena da spinte solidaristiche, nell'inquietante riaffermarsi della logica primordiale dei rapporti di forza, che dissolve il diritto nella volontà del più forte.

3. – La cosiddetta laicità del diritto rischia di scadere nel nichilismo se si misconosce il concetto di ordine o armonia all'origine dell'azione dell'uomo, nel senso del tentativo di questa di trarre, sulla base delle rilevate esigenze umane, dall'inesauribile ed impareggiabile ordine qualche frammento formulando una nuova legge. E l'*ars iuris*, come ogni altra arte, segna la capacità di agire o di produrre, basata su un particolare complesso di esperienza conoscitiva e tecnica, tendente ad esprimere in leggi quel tanto che l'uomo riesce a captare dall'ordine, principio di ogni legge, il principio dei principi, presupposto generale e fondamento di tutte le cose, che l'armonia stringe in unità.

Il diritto ridotto alla produzione delle norme nelle forme stabilite, di norme contrassegnate dall'indifferenza contenutistica, in quanto espressione del libero volere umano che esalta l'artificialità del diritto, ma anche la labilità e provvisorietà di ogni norma <sup>6</sup>, sostituisce all'ordine il disordine,

<sup>6</sup> Da taluno (N. Irti, *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, 2005, 12) si ritiene che, non essendo una verità condizionante, vigerebbe l'indifferenza contenutistica, la neutralità delle procedure rispetto alle materie che vi sono immesse, a tale logica non sottraendosi neanche i valori collocati in carte costituzionali, che documenti della volontà umana sarebbero ognora revocabili, modificabili, violabili, in quanto esistenti perché gli uomini vogliono che esistano.

comportando l'inesistenza di un ordine di là dalle leggi, alle quali non si potrebbe attribuire se non un mero valore statistico. Ma senza un *prius* e senza un *posterius* non ci può essere legge, per la quale l'ordine è insieme un principio ed un fine: l'ordine unificatore è il tutto che attrae le parti a combinarsi tra loro, nell'ottica del diritto che congiunge legando gli uomini uno con l'altro.

Nel diritto, la dipendenza dal volere umano, nel postulare la libertà come implicante la possibilità e, quindi, legata alla causalità in quanto è necessario che la volontà si ponga come causa di un mutamento dell'esistenza perché ci sia la libertà, esprime la capacità dell'uomo di approssimarsi all'ordine, trovando nella propria ragione, alla luce dei dati della conoscenza ed esperienza disponibili, un principio, un principio d'ordine che serve a costruire l'immane macchina del diritto, per la disciplina dei rapporti umani che componga armonicamente gli interessi che vi si contrappongono, armonia implicante i supremi criteri guida del *bonum et aequum*, elementi distintivi dell'*ars iuris*.

Se la legge è falsa non trova il suo posto nel sistema e, pertanto, la sua integrazione nel tutto unitario è il collaudo della sua giuridicità, cioè della sua rispondenza ai concetti che contrassegnano il sistema, alle idee madri che i concetti rappresentano per la realizzazione del tutto unitario: ciascuno di essi è idoneo con gli altri a *vertere in unum*.

Quando si osserva che il diritto non è riducibile alle norme e che nelle norme l'elemento prescrittivo non può disgiungersi da quello concettuale<sup>7</sup>, si sottende il ruolo dei concetti, che servono a fronteggiare la necessità e la difficoltà dell'analisi dell'esperienza, ad isolare un pezzo di realtà al fine di ridurla alla misura dell'uomo, ed in quanto mezzi dell'astrazione il loro impiego è indispensabile nei processi di analisi e di sintesi dai quali la conoscenza risulta, nel rapporto reciproco tra giudizio e concetto.

Il diritto è frutto dell'elaborazione umana in quanto profondamente radicato nell'uomo, che è parte del tutto, dell'*universum* che è il *vertere in unum* delle singole parti, esistenti perché esiste il tutto, che attrae le parti a combinarsi tra loro: "l'ordine unificatore non è determinato ma determina". Il tutto è il *prius*, è il principio ed insieme il fine: lo studio delle relazioni tra le parti porta a conoscere che c'è tra di esse qualcosa che le stringe in unità e che non può chiamarsi se non ordine o principio.

<sup>7</sup>F. Gallo, *op. cit.*, 33.

Di indubbio effetto è la dissacratoria e mistificante affermazione di taluno della solitudine dell'uomo come dipendente dalla morte di Dio. In effetti, quando per ambizione, arroganza, vanità si ignora Dio, fondandosi sulla solitudine dell'uomo come sinonimo della sua unicità la di lui signoria sul creato, sembra piuttosto che a morire sia l'uomo, di cui sopravvive solo l'animale tecnologicamente evoluto rispetto alle altre creature: in una realtà siffatta, per quanto varia e tecnicamente efficiente possa essere la produzione di norme "tratte dal nulla e ricacciate nel nulla", non c'è posto per il diritto, così come non c'è posto per la scienza giuridica da più di mezzo secolo personaggio in cerca d'autore, in una società che tende a dissolversi nel gruppo organizzato secondo la logica dei rapporti di forza: "la forza che produce e distrugge le norme è soltanto il volere degli uomini".

Nella ancor viva ed a tratti malinconica opposizione tra il compito costruttivo e il compito descrittivo della scienza, non può farsi a meno di immaginare ciò che direbbero i Maestri del diritto di un tempo, facendo propria la ben nota affermazione gattopardiana: "noi fummo i Gattopardi, i Leoni; quelli che ci sostituiranno saranno gli sciacalletti, le iene", che sulla morte di qualcuno debbono pur contare. Ma la storia dell'uomo è caratterizzata dal continuo avvicinarsi di figure insigni e di figure meno elevate, così come il cammino dell'umanità è dallo smarrimento alla speranza: come il fuoco che cova sotto la cenere, si confida nell'infinito nascosto nella forma del finito.

*Abstract*

Il saggio affronta l'essenziale relazione tra esperienza, esperienza giuridica, norme e diritto. L'idea di fondo è che il diritto deve istituire un ordine muovendo dall'esperienza e ispirandosi ai criteri supremi della giustizia e della ragionevolezza. Il diritto non si risolve nelle sole norme e queste ultime, se prive di un contenuto valoriale ma espressione esclusiva di rapporti di forza, si pongono al di fuori del diritto inteso come frutto dell'esperienza umana che muove dall'ordine unificatore e ad esso torna.

The essay addresses the essential relation between experience, juridical experience, rules and law. The fundamental idea is that the law has to establish an order starting from experience on the basis of the supreme standards of justice and reasonableness. The law doesn't run out only in the rules and these latter, if devoid of a value content but exclusive expression of power relationships, get themselves out from the law, conceived as result of human experience, that leaves from the unifying order and returns to it.