

**FILOSOFIA, SCIENZA E VERITÀ:
LA VERITÀ COME ESIGENZA E COME ESSENZA DEL DIRITTO¹**
*Philosophy, Science and Truth: The Truth as a Need
and as the Essence of Law*

Rudi Di Marco²

Recibido: 21 de marzo de 2018

Aprobado: 3 de abril de 2018

Sommario: La scienza intesa in senso galileiano ha una vocazione eminentemente operativa: essa, infatti, non ha come obiettivo l'indagine sul "che cosa" degli enti, sul loro essere-in-sé, ma s'interessa solamente del come, attraverso di essi, sia possibile raggiungere un determinato risultato pratico. La verità delle cose, allora, per la scienza galileiana, si riduce alla contingenza degli eventi e dei rapporti di causa-effetto; l'esperienza, per tanto, non rappresenta l'oggetto di un'indagine speculativa, come la natura delle cose non rappresenta la regola e il criterio oggettivamente proprio del modo di rapportarsi a esse. L'essere e l'essere-in-sé del dato, quindi,

1 Il saggio propone, corredato di un minimo apparato critico, il testo della Relazione tenuta dall'Autore di esso –su invito del Comitato organizzatore composto dai Proff. Mauro Ronco, Felix Adolfo Lamas e Franco Todescan– a Padova, il giorno 7 Marzo 2017, nell'ambito delle *II Jornadas italo-argentinas de tónica jurídica*, organizzate dal Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario dell'Università degli Studi di Padova in collaborazione con la *Facultad de Derecho* della *Pontificia Universidad Católica Argentina*. Il lavoro –svolto nell'ambito del gruppo di ricerca italo-argentino (che coinvolge l'Università di Padova, l'Università di Udine, la Pontificia Università Cattolica Argentina e l'Università San Tommaso del Cile)– si pone in regime di continuità con la conferenza tenuta a Buenos Aires, su invito del *Comité de Evaluación*, presso la *Pontificia Universidad Católica Argentina*, nel settembre del 2017, in occasione delle *XX Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema Verdad, causalidad y dialéctica del Derecho*, già pubblicato in una Rivista cilena [cfr. R. Di Marco, R. (2018). "Il dogmatismo dell'autodeterminazione "giuridica" contemporanea. Il diritto di autodeterminazione quale problema giusfilosofico". In *Derecho Público Iberoamericano*. Santiago de Chile. Ediciones de la Universidad del Desarrollo].

2 Università degli Studi di Padova.

per l'approccio scientifico-galileiano, altro non sono che il contesto sul quale operare in qualunque modo e attraverso il quale perseguire qualsiasi finalità. Un siffatto approccio applicato al diritto, allora, porta a negare ogni valore e ogni dignità epistemologica all'essere in sé dello *ius* e al suo fondamento nel principio della giustizia: lo studio del diritto, infatti, inteso come scienza galileiana, si riduce all'analisi delle prescrizioni positive e all'elaborazione delle tecniche legislative più idonee a raggiungere qualunque scopo venga ritenuto, dal detentore storico del potere, meritevole di essere perseguito.

Parole chiave: Scienza - Filosofia - Verità - Giurisprudenza - Diritto.

Abstract: Science, in the Galilean sense, is an operative knowledge: in fact, its investigation's objective is not the "what" of the entities are, but is only the "how" it is possible to reach a certain practical result. The truth of things, then, for Galilean science, is reduced to the contingency of events and of cause-effect relationships; the experience, therefore, does not represent the object of a speculative investigation, and the nature of things does not represent the rule and the criterion of relating to them. This approach applied to law, then, denies any value and epistemological dignity to the *ius* and to the law foundation in the principle of justice: the study of law, in fact, in the Galilean science, is reduced to analysis of the positive prescriptions and the development of the legislative techniques.

Keywords: Science - Philosophy - Truth - Jurisprudence - Law.

Para citar este texto:

Di Marco, R. (2018). "Filosofia, scienza e verità: La verità come esigenza e come essenza del diritto", *Pudentia Iuris*, N° 85, pp. 87-107.

1. Premessa

Tre sono le domande alle quali questa breve relazione intende proporre uno *σχῆμα* di risposta, o quantomeno d'inquadramento del problema.

Prima domanda: può farsi esperienza di un "diritto senza verità"? Può, cioè, il diritto prescindere dall'esigenza razionale della verità, la quale è un'esigenza *πάν-umana* e solo-umana?

Seconda domanda: può l'Ordinamento giuridico positivo imporre una "verità per norma"? Può, cioè, il Sistema dello *ius positum* fare, della propria norma (*lato sensu* intesa), la fonte prima e assoluta della "propria verità"? E dunque, può, esso Sistema, essere compiutamente autoreferenziale e auto-

fondativo, chiuso nei confronti di ogni istanza e di ogni dato che non provengano da sé medesimo e dalle proprie procedure?

Terza e ultima domanda: può, in fine, la verità del diritto ridursi alla idoneità funzionale delle *normae positae*, in relazione agli obiettivi che il Legislatore-sovrano, attraverso di esse, intende storicamente perseguire?

È chiaro che i temi *de quibus* meriterebbero, ciascheduno di loro, un'ampia trattazione monografica e che, in questa sede, essi possono solo essere "sfiorati"; forse, però, alcune parole possono essere comunque dette al fine di portare un modesto contributo al dibattito e al fine di fare emergere la contingenza e l'attualità del problema, attraverso una "ragionata critica" sopra l'esperienza dello *ius quo utimur*.

Il primo problema che s'incontra, tuttavia, è sempre quello del linguaggio: spesso, infatti, per varie ragioni, anche legate alle pesanti influenze (culturali, sociali *et coetera*) della c.d. cultura dominante, della *Weltanschauung* egemone, l'uso delle parole è ideologico e non etimologico. Ciò impedisce *l'ars* dialettica e conseguentemente impedisce la vera comunicazione. Impedisce, cioè, di comprendersi, di capirsi, anche nel dissenso, pur ascoltandosi. Quando, infatti, si usano le stesse parole, ma ci si riferisce a definizioni diverse, spesso opposti, diventa impossibile non solo parlare e discutere, ma anche confrontarsi proficuamente e confutarsi con argomenti (o $\psi\epsilon\upsilon\delta\epsilon\iota\varsigma$ -argomenti).

Il problema non è nuovo: già Benedetto Croce, infatti, nel 1947, in sede di Assemblea costituente, riferendosi al Progetto costituzionale, parlò — e non a caso — di "una mirabile concordia di parole e discordia di fatti"³.

Oggi, però, la questione è ancora più radicata e difficile da gestire anche perché essa si è notevolmente acuita a causa — diremo — dell'immediatezza dello scambio informativo reso possibile e fortemente agevolato — spesso sociologicamente imposto — dai cc.dd. mezzi informatico-telematici; mezzi ottimi sotto il profilo operativo — sia chiaro — ma assai difficili da dominare. Se è vero, infatti — come insegna Aristotele — che la parola "è fatta per esprimere [...] il giusto e l'ingiusto"⁴ e cioè che la parola è, *ex funditus*, giudizio, in quanto essa serve per cogliere ed esprimere il che cosa delle cose, ovvero sia le cose per quello che esse sono *in se*, è altrettanto vero che l'uso di essa impone cautele e riflessioni di carattere metafisico, le quali, agli occhi della *post-modernità* tecnocratica, potrebbero sembrare e spesso sembrano mere perdite di tempo.

3 11 Marzo 1947, Assemblea Costituente, Seduta postmeridiana, LVIII, Presidente: Terracini, 2006.

4 Aristotele (2005). *Politica*. Roma – Bari. Laterza, 6.

Facciamo due esempi, *in medias res*, per dare conto della concreta e attuale difficoltà legata all'uso ideologico del linguaggio e al dogmatismo che esso sottende ed esprime.

Si pensi, allora, alle “frasi roboanti”⁵, come direbbe Jemolo, a favore – poniamo – della libertà e della giustizia. È chiaro che tutti siano dalla parte della libertà e della giustizia. Qualora, però, s'indagasse a fondo su quale sia la libertà e su quale sia la giustizia, i problemi inizierebbero ad emergere copiosi: altra infatti – e anche qui esemplifichiamo – è la libertà intesa come autodeterminazione del volere assoluto, la libertà negativa che Danilo Castellano ha efficacemente definito come la libertà esercitata con il solo criterio della libertà, dunque con nessun criterio⁶, quella che sottostà – per capirci – ai cc.dd. nuovi diritti (eutanasia, divorzio, aborto, unioni [in-] civili *et coetera*) introdotti per norma negli Ordinamenti positivi degli Stati europei⁷ ed *extra-*

5 Jemolo, C. A. (1982). *Tra diritto e storia: 1960 – 1980*. Milano. Giuffrè, 248.

6 In un recente articolo-intervista, infatti, Danilo Castellano, alla domanda “¿Puede definir la 'libertad negativa' que Ud. considera irracional?”, risponde osservando che “la 'libertad negativa' es aquélla que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio” [Montejano, B. (2014). “Reportaje a Danilo Castellano”. In *Centurión*, octubre – noviembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto, 18].

7 Si pensi – a titolo di mero esempio – alle *novellae* che hanno introdotto nell'Ordinamento giuridico positivo della Repubblica italiana la disciplina del divorzio (*sub* L. 898/1970 [c.d. Legge Fortuna – Baslini] e ss.mm.ii., fino al c.d. divorzio breve di cui alla recente L. 55/2015), quella dell'aborto (*sub* L. 194/1978), quella relativa al c.d. transessualismo (*sub* art. 31 D.Lgs 150/2011, il quale afferma – in linea con la *ratio* della L. 164/1982 – che “quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali, da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza”), quella concernente le cc.dd. unioni civili (*sub* L. 76/2016 [c.d. Legge Cirinnà]), quella sulle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento (*sub* L. 219/2017), quella che consente il c.d. parto in regime di anonimato (*sub* art. 30 del D.P.R. 396/2000) *et coetera*. Se si faccia riferimento, poi, anche alla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tosto si avrebbe contezza della diffusione trasversale, tra gli Ordinamenti europei, di normative variamente rientranti nella *Weltanschauung* propria di quelle appena ricordate per il Sistema italiano [si fa rinvio – *si vis* – a Di Marco, R. (2017). *Autodeterminazione e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, *passim*, in particolare, cap. IV, § 3]. Basti pensare – ci limitiamo a tre esempi – alla Giurisprudenza in materia di c.d. diritto all'eutanasia (cfr. *ex multis* 20 Gennaio 2011, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Haas *versus* Svizzera, Ricorso N° 31322/2007, nonché 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Pretty *versus* Regno Unito, Ricorso N° 2346/02), in merito alla quale (precisamente in merito al citato *affaire* Pretty) Raffaele Bifulco afferma che “per la prima volta, anche se non in maniera decisa, [...] si è affermato che il (nda) diritto all'autodeterminazione [...] rappresenta il fondamento (nda) di un [non meglio precisabile (nda)] diritto al suicidio assistito” [Bifulco, R. (2003). “Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?”. In *Quaderni costituzionali*. Bologna. Il Mulino, I, 166]; alla giurisprudenza sul c.d. diritto all'aborto procurato (cfr. *ex multis* 20 Marzo 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Tysiàc *versus* Polonia, Ricorso N° 5410/2003) e da ultimo alle pronunzie in tema di “diritti” al cambiamento di sesso (cfr. *ex multis* 11 Luglio 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Goodwin *versus* Regno Unito, Ricorso N° 28957/1995, nonché 11 Settembre 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, L. *versus* Regno Unito, Ricorso N° 27527/2003).

europei⁸ e altra, tutt'altra, è la libertà umana e razionale che consegue all'esercizio del libero arbitrio e che è fonte di responsabilità morale e giuridica per chiunque la eserciti⁹. Lo stesso dicasi per la giustizia: altra, infatti, è la giustizia classicamente intesa come "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"¹⁰ –secondo la nota definizione ulpiana– e altra è la c.d. giustizia della legalità positiva, cioè la "giustizia" coincidente *in toto* con il rispetto α -critico e incondizionato delle *normae positae*, qualsiasi contenuto esse abbiano; questa sarebbe, infatti, non "la" giustizia in sé, quanto piuttosto "una" $\psi\epsilon\upsilon\delta\eta\varsigma$ -giustizia, sempre aggettivata dal proprio riferimento contestuale, sempre relativ(-istic)-a e sempre dommatica; onde ci sarebbe –per esem-

8 Per esempio, Bernardino Montejano –riferendosi alle recenti riforme del Diritto civile argentino– ebbe modo di rilevare che "junto al matrimonio devaluado aparece el viejo concubinato jurídicamente reconocido y prestigiado, con una nueva denominación: unión convivencial" [Montejano, B. (2012). *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires. Ediciones Del Alcázar, 24]. Si vedano, a titolo di ulteriore esempio, le pronunzie 22 Gennaio 1973, Corte Suprema Americana, *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113 [1973] et 29 Giugno 1992, Corte Suprema Americana, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. versus Casey*, 505 U.S. 833 (1992) in materia di c.d. diritto all'aborto procurato, nonché le sentenze 25 Giugno 1990, Corte Suprema Americana, *Cruzan versus Director MDH*, 497 U.S. 261 (1990) et 31 Dicembre 2009, Corte Suprema del Montana, *Baxter versus Montana*, DA 09-0051, 2009 MT 449 in tema di c.d. diritto all'eutanasia *lato sensu* intesa. Marta Cartabia, peraltro, ha opportunamente rilevato che "i Giudici della Corte suprema [americana (nda)] ritengono che il diritto alla *privacy* si ritrovi 'nella penombra' di molti diritti costituzionalmente protetti [...] che indicano che la Costituzione americana si basa sulla libertà [negativa (nda)] di ogni individuo di effettuare le sue scelte personali, nella vita privata, senza interferenze del potere pubblico" [Cartabia, M. (2009). "Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali". In Perrone, B. (a cura di). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè, 16].

9 Cornelio Fabro opportunamente insegna che la moralità "è la proprietà costitutiva dell'azione umana, colta alla sua prima radice che è la libertà, come capacità di scelta, ossia come posizione di quell'essere che è proprio dello spirito nella determinazione originaria dell'ultimo fine e della sua qualità costitutiva del bene e del male" [Fabro, C. (1974). *L'avventura della teologia progressista*. Milano. Rusconi, 174] sicché "l'uomo [...] dal punto di vista etico, è ciò che diventa, ossia è costituito da ciò che sceglie di essere e attua come progetto del suo essere" [Castellano, D. (1984). *La libertà soggettiva*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 97]. Ciò significa che l'essere umano *compos sui* fa un'inevitabile e irrefutabile esperienza della libertà, intesa come libero arbitrio, nell'atto stesso in cui egli opera una qualsiasi opzione –compresa quella di non-decidere, cioè di decidere per la non decisione– e ciò, tanto nell'ipotesi in cui la decisione *de qua* sia buona-razionale-umana, quanto in quella che essa sia malvagia-irrazionale-disumana. Che poi l'essere umano faccia vera e piena esperienza della libertà in sé, *id est* della *libertas maior*, solo nella circostanza in cui egli, operando liberamente un movimento della volontà, eserciti un'opzione buona-razionale-umana, questa è una diversa questione la quale imporrebbe di andare al fondamento della natura umana [facciamo rinvio –*si vis*– a Di Marco, R. (2015). "Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del "concetto" fondativo e fondamentale (I), (II), (III)". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto – R.I.F.D.* Milano. Giuffrè, 2015, voll. 2, 3 et 4].

10 Ulpiano, D. D, 1. 1. 10.

pio– una giustizia del Comunismo, una giustizia del Nazismo, una giustizia del Liberalismo, una giustizia democratica, una giustizia costituzionalistica *et coetera...* tutte egualmente “valide”, ma solo entro il loro contesto di riferimento.

Occorre, dunque, per evitare una barriera comunicativa, la quale è, in un tempo, indice ed effetto del dogmatismo anti-filosofico portato dalla secolarizzazione politico-giuridica della modernità e della *post*-modernità, porre mente ad alcune “questioni di fondo”.

2. Quale verità?

Il primo problema che giova di considerare, allora, è di carattere –diremo– epistemologico; esso concerne la dicotomia¹¹ tra sapere scientifico e sapere filosofico, vale a dire tra “sapere” convenzionale e operativo della scienza galileianamente intesa¹² e sapere autentico della filosofia perenne, cioè della filosofia classica, della scienza –potremmo anche dire– intesa in senso etimologico (dal latino *scio*, *-is*, *scivivi*, *scitum scīre*).

In estrema sintesi può dirsi che le scienze moderne sono tutte ipotecate da un α -critico rifiuto dell’indagine metafisica e da un’esaltazione, altrettanto acritica, del proprio metodo e in ispecie del c.d. metodo ipotetico-deduttivo: esse si caratterizzano, infatti, per una dimensione eminentemente strumentalistico-tecnicistica, la quale, coerentemente, fa, del risultato ottenuto od ottenibile, sia il termine ultimo di giudizio, sia il criterio operativo e il motore della propria attività.

Ciò porta quantomeno a tre conseguenze. *In primis* le scienze galileiane si “chiudono” in una forma di dogmatismo operativo, il quale deriva dal “non tentar l’essenze” e il quale impedisce ogni indagine speculativa, ogni

11 Cfr. Casa, F. (2006). “Un passaggio in mare aperto: la dialettica”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM, *passim*, in particolare, 159 e ss. nonché Berardi, A. “Gli strumenti per affrontare il viaggio”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., *passim*, in particolare, 10 e ss.

12 Una precisazione “a scanso d’equivoci”. Parlando di scienza galileiana facciamo riferimento a un approccio metodologico il quale, per la sua stessa struttura convenzionale e operativa, rinuncia *a priori* a indagare l’essere in sé delle cose, la loro essenza metafisica. Ciò non significa che questo sapere-per-operare sia falso, inutile, privo di riscontro nella realtà *et coetera*, ma significa che esso “non può e non deve pronunciarsi [in ordine all’essere in sé delle cose e anche in relazione ai risultati cui esso medesimo perviene (nda)], perché non ha nessun diritto, non possiede e non può possedere nessun criterio valido per approvare o riprovare una presa di posizione; non deve dire niente, in quanto non ha niente da dire, perché la scelta precede, non segue, la fatica scientifica” [Casa, F. (2005). *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*. Padova. CEDAM, 394].

vera ricerca intorno al “che cosa” delle cose, ogni apertura alla verità. *In secundis* esse tendono a una forma di dominazione ideologica di ogni branca dello scibile umano, tant'è che si parla –e non a caso– non solo di scienze matematiche o fisiche, ma anche di scienze filosofiche, di scienze giuridiche, di scienze letterarie *et coetera*, sicché il metodo scientifico-galileiano viene a diffondersi e ad affermarsi come unico metodo possibile e soprattutto come unico metodo vero e veritativo, cioè vero in sé e portatore di verità indiscussa e indiscutibile (metodologico-operativa). *In tertiis* l'approccio scientifico comporta una sorta di parcellizzazione assoluta e radicale del proprio “sapere” e –diremo– della stessa verità del sapere. Il sapere, infatti, inteso (scientificamente-galileianamente) come sapere per operare e non già come sapere per conoscere, perde la sua unitarietà concettuale, proprio data dall'essere in virtù e in funzione della sapienza *in se*¹³, e assume una declinazione esclusivamente plurale e relativa: il sapere, dunque, cede di fronte ai saperi; la scienza, di fronte alle scienze; la verità, di fronte alle verità.

Un esempio può essere offerto proprio dalle cc.dd. scienze giuridiche, cioè dall'approccio scientifico-galileiano ai problemi del diritto, anzi, si dovrebbe meglio dire, ai problemi della legislazione e delle legislazioni; vero è che l'oggetto di questo studio –scientifico appunto!– non è mai il diritto in sé, la verità del diritto, l'essenza del diritto, ma solo le *normae positae*, i loro sistemi, le tecniche di legislazione, i meccanismi sussuntivo-applicativi *et coetera*. Le scienze giuridiche, infatti, non si domandano mai che cosa è il diritto *in se*, non hanno interesse, cioè, per la sua essenza ontologica, ma si applicano nella mera analisi –al limite di carattere comparatistico o storico– della legislazione e delle legislazioni vigenti; esse considerano, dunque, dogmaticamente, cioè senza argomenti, il diritto come l'insieme delle leggi positive e considerano, coerentemente, lo studio di esso come studio eminentemente teorico, vale a dire come studio del sistema di riferimento, in sé chiuso all'interno della propria struttura formale e delle proprie *rationes*, eventualmente informate secondo lo *a priori* della c.d. opzione costituzionale¹⁴ (sia essa “po-

13 Cfr. Platone. *Minosse*, 314 c.

14 Opportunamente è stato osservato che “las Constituciones [...] no son sino el producto del racionalismo constructivista y gnóstico, y los ‘derechos’ de ellas surgidos se basan en la concepción de la libertad como ‘libertad negativa’, esto es, sin otro criterio que el de la propia libertad” [Ayuso Torres, M. (2016). *Constitución. El problema y los problemas*. Madrid. Marcial Pons, 145 e s.] e coerentemente è stato detto che “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda) è limitato dalla legge, [...] non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” [Ayuso Torres, M. (2004). *L'Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli, 42 et 63].

litica” con Schmitt¹⁵ o normativa con Kelsen¹⁶). Le scienze giuridiche, infatti, negando ogni trascendenza del giure, principiano concettualmente dall’assunto già reso palese da Jhering, in ragione del quale “lo scopo è il creatore di tutto il diritto; non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine a uno scopo, cioè a un motivo pratico”¹⁷ e questo palesa la duplice funzione e la duplice natura dello studio scientifico applicato al diritto. Una prima, che possiamo definire analitica, concerne l’analisi e la razionalizzazione del sistema di riferimento: concerne, cioè, l’interpretazione delle norme alla luce dei cc.dd. canoni interpretativi codificati; concerne la lettura dei cc.dd. combinati disposti tra le norme; concerne l’evoluzione delle strutture e degli istituti normativi, sulla base delle procedure prescritte *et coetera*. Quindi si tratta di uno studio, sotto questo profilo, sul sistema. La seconda, che possiamo definire funzionale-operativa, invece, riguarda la dimensione formativa ed evolutiva dell’Ordinamento in funzione degli scopi e degli obiettivi contingenti che, per mezzo di esso, colui il quale detiene il potere di legiferare¹⁸ *lato sensu*, intende storicamente perseguire. Dunque, considerando il diritto come strumento operativo, quest’aspetto dello studio scientifico riguarda lo studio del mezzo più idoneo a ottenere l’effetto voluto¹⁹, *ergo*, si tratta di uno studio –diremo– per il sistema, cioè in funzione della sua utilità pratica. E immediatamente emerge, allora, quella che prima abbiamo chiamata parcellizzazione assoluta dell’approccio scientifico, il quale, infatti, da un lato, chiude dommaticamente in sé stesso ogni sistema –non a caso le scienze giuridiche postulano, tutte, il dogma della sovranità, la quale è, oltrecché supremazia, indipendenza, cioè chiusura, impermeabilità rispetto a ciò che sta fuori dal proprio ambito²⁰– e

15 È noto che per Schmitt la Costituzione è data da “una decisione politica, derivante dal suo essere politico” [Schmitt, C. (1984). *Dottrina della Costituzione*. Milano. Giuffrè, 110) e quindi dal suo essere volontà politica resa “concreta” (*Ibidem*).

16 Anche se lo stesso Kelsen, negando, di fatto, la “purezza” e la “autosufficienza normativistica” della sua stessa dottrina, è costretto a concludere che “dietro al diritto positivo [...], chi cerca [...] si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgona del potere” [così citato da Carrino, A. (1990). *L’ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 33 e s.].

17 Von Jhering, R. (1972). *Lo scopo del diritto*. Torino. Einaudi, 6.

18 Marsilio da Padova, per esempio, afferma che “l’autorità di fare le leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che le leggi siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate” (Marsilio da Padova. *Defensor pacis*, I, XII, 6).

19 È stato correttamente rilevato, invero, che il Principe –cioè lo Stato moderno– secondo Machiavelli debba agire sempre “in funzione dell’obiettivo operativo che è quello di mantenere il potere” [Berardi, A. “La navigazione nell’arcipelago delle geometrie legali”. In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, cit., 31) e infatti, “con Marsilio da Padova [...] appare [...] e sfolgora il concetto dello Stato [moderno]” [Oriani, A. (1997). *Niccolò Machiavelli*. Napoli. Alfredo Giuda Editore, 77].

20 Facciamo riferimento alla definizione correntemente data della sovranità quale

dall'altro tende a creare μικροί-sistemi all'interno del μακρός-sistema sovrano, a loro volta chiusi e incomunicabili tra di essi. La scientificizzazione del diritto, infatti, riducendosi a uno studio autoreferenziale sopra le norme che giustificano e che modificano sé stesse attraverso le procedure che esse medesime prescrivono per sé, porta a ridurre tutti i problemi giuridici a questioni tecnico-specialistiche da risolversi con strumenti normativi il più possibile specifici (*rectius*, speciali). Tant'è –per fare un esempio– che la più recente produzione normativa, la quale non a caso palesa –come dice Zagrebelsky– una “generalità ridotta [...] e un (nda) basso grado di astrattezza”²¹, pur rimanendo interna al e coerente con l'Ordinamento cui essa appartiene, tende a premettere all'articolato prescrittivo una serie di definizioni valide solo per lo spettro applicativo della norma medesima²². Il diritto, insomma, diventa materia tecnica e il giurista, coerentemente, “meccanico” delle norme; la verità del diritto, allora, viene a coincidere con la funzionalità operativa del risultato raggiunto attraverso un uso qualificato delle procedure.

Viceversa il sapere autenticamente filosofico, cioè il sapere proprio della filosofia classicamente intesa, perenne, è un sapere *per se* e *in se* metafisico: esso, infatti, è un sapere speculativo, veritativo, contemplativo, unitario e *α-dogmatico*. È un sapere speculativo poiché razionale ed esso è razionale in quanto usa, con fiducia e –diremo– con “cautela dialettica”, della ragione umana per cogliere l'essere-in-sé delle cose, per comprendere, dunque, il che cosa degli enti, la loro natura. È un sapere veritativo poiché esso, rifuggendo dallo σχῆμα hobbesiano della razionalità eminentemente operativa, coglie, nell'essere-in-sé delle cose che conosce per quello che esse sono, la loro verità ontologica, eppertanto coglie la loro norma e la loro regola, il loro princi-

“supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda) indipendenza [...] rispetto agli altri Stati” [Falcon, G. (2003). *Lineamenti di diritto pubblico*. Padova. CEDAM, 115].

21 Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi, 43. Si segnala che l'Autore, nell'espressione riportata, si rifà, citandola, all'opera di Predieri, A. (1963). *Pianificazione e costituzione*. Milano. Edizioni di Comunità, 272.

22 Per avere contezza del problema può farsi riferimento, per esempio in materia di sperimentazione farmacologica e clinica, all'impianto definitorio compendiato *sub* art. 2 D.P.R. 211/2003, eloquentemente rubricato “definizioni”. Può farsi anche riferimento –sempre a titolo d'esempio, in tema di tutela dei minori e prevenzione del c.d. *cyberbullismo*– all'art. 1 L. 71/2017, il quale pure elenca una serie di definizioni da considerarsi valide... “ai fini della presente legge”, come punto recita l'*incipit* dei commi 2 *et* 3 del medesimo articolo. Gli esempi potrebbero proseguire con l'art. 2 della L. 2/2018 (Disposizioni per lo sviluppo della mobilità in bicicletta e la realizzazione della rete nazionale di percorribilità ciclistica); con l'art. 2 della L. 138/2001 (Classificazione e quantificazione delle minorazioni visive e norme in materia di accertamenti oculistici); con l'art. 1 della L. 62/2001 (Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali); con l'art. 2 della L. 141/2015 (Disposizioni in materia di agricoltura sociale) *et coetera*.

pio, il ciò per cui –come insegna Danilo Castellano²³– è consentito di leggere la loro esperienza senza contraddizioni. È, poi, quello autenticamente filosofico –come dicevamo– un sapere contemplativo in quanto esso, principiano dall’effettività dell’esperienza –Marino Gentile direbbe dall’ἰστορία²⁴– e ponendo questa a oggetto del proprio studio, mira a coglierne criticamente l’essenza, a trascendere l’esperienza stessa delle cose per capirle fino in fondo, per coglierne la natura: il sapere filosofico, infatti, da un lato, non ha un obiettivo operativo, non ha, cioè, velleità prometeiche che lo inducono a industriarsi per modificare la realtà²⁵ e dall’altro esso neppure è evasione dalla realtà, ma piuttosto coglimento razionale di essa, quindi coglimento di essa per ciò che essa è *in se*. La filosofia del nulla, invero, come anche la filosofia dell’irrealtà o la filosofia intorno a ciò che non si conosce appieno e a fondo, non è vera filosofia, ma evasione pindarica, favola! La tesi dell’esistenzialismo sartriano²⁶ –per esempio–, la quale pretende che sia l’esistenza, cioè l’effettività, a precedere e a determinare l’essenza degli enti, è per sé stessa negativa di un approccio filosofico: essa è “chiusa” rispetto alla verità degli enti medesimi. Applicando questo discorso al diritto, infatti, si dovrebbe dire che esso non esiste se non come prodotto delle norme effettive e che, quindi, l’essenza del diritto, necessariamente positivo, dipende dal dato empirico dell’effettività normativa, onde si avrebbero tanti diritti quante sono le *normae positae* e quanti sono gli Ordinamenti vigenti che storicamente li esprimono. Ciò comporta, allora, che quello filosofico sia anche un sapere unitario e α -dommatico. Esso è unitario, infatti, sia sotto il profilo concet-

23 Cfr. Castellano, D. (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 20.

24 Magistralmente rileva Marino Gentile che “la metafisica antica si attua e si risolve nel riconoscimento della ἰστορία come problema e di quel di più che il sistema deve avere in confronto col problema, per non esserne la semplice ripetizione, ma la soddisfazione effettiva. Per la nettezza con cui nel pensiero antico sono indicati questi due aspetti capitali della riflessione metafisica, esso conserva una validità permanente, poiché porta nel suo seno l’esigenza di mantenere un’effettiva corrispondenza con la genuinità della vita e dell’esperienza [... onde (nda)] nessun filosofo si può proporre seriamente di filosofare intorno ad altro che non sia la vita e la realtà effettiva” [Gentile, M. (1939). “Il valore classico della metafisica antica”. In Gentile, M. *La metafisica presofistica*. Padova. CEDAM, XVII, 96 e s.].

25 *Contra*, la teorica del c.d. *homo faber*, il quale “pensa [sé e (nda)] il mondo come un campo sterminato in cui esercitare la sua [vitalistica (nda)] progettualità” [Zanuso, F. (2013). “Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno”. In Zanuso, F. (a cura di). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli, 18]. È stato condivisibilmente osservato, infatti, che “la fabbrilità dell’uomo moderno è certamente aporetica e si è dimostrata sotto un certo profilo, in-operativa; ma soprattutto [essa (nda)] condanna l’uomo alla [sua stessa (nda)] alienazione e quindi all’infelicità, come estraneazione da sé” (*Ivi*, p. 20).

26 Cfr. Sartre, J. P. (1975). *L’essere e il nulla*. Milano. Il Saggiatore, *passim*, in particolare 532.

tuale, sia sotto il profilo applicativo: sotto il profilo concettuale poiché ogni forma di conoscenza filosofica, se pur può palesarsi in differenti declinazioni a seconda del suo oggetto, essa è sempre intelligenza e sapienza della natura delle cose che studia, è sempre intelligenza e sapienza di ciò che è in sé, è sempre, insomma, coglimento dell'essere e mai creazione/attuazione di un progetto purchessia²⁷; sotto il profilo applicativo poiché i vari aspetti della verità filosofica, essendo tutti ontologicamente fondati, non possono contrastare tra loro o tra loro negarsi, onde l'approccio filosofico non ammette, per sua stessa essenza, una pluralità di ordinamenti e/o di sistemi chiusi, ciascheduno dei quali latore di una propria "verità relativa", di un proprio "ordine sistematico", impermeabile rispetto agli altri e insindacabile sotto il profilo del suo fondamento. La verità metafisica del diritto –infatti– la quale solo si può razionalmente cogliere con un approccio filosofico allo stesso, non ammette compartizioni chiuse ed ermetiche, tutte parimenti vere nell'ordine del *principium iuris*, ancorché tra esse contrastanti per ragioni sostanziali: non ammette –per esempio– un diritto pubblico che sia altro *in se* rispetto al diritto privato e che con questo configga; un diritto di libertà soggettiva che sia geograficamente, cioè kantianamente contenuto per consentire l'esplicazione e l'esercizio di altri consimili, ma opposti diritti²⁸; non ammette e non può ammettere nemmeno un ordinamento giuridico che sia altro *in se* rispetto a un ordinamento diverso e altrimenti vigente. La verità del diritto, infatti, la filosofia del diritto –potremmo dire con il genitivo oggettivo– conosce un unico, netto crinale discretivo tra lo *ius* e l'*iniuria*:

27 E questo vale –si badi bene– qualunque sia l'oggetto dell'indagine filosofica: vale per la filosofia del diritto, la quale punto studia che cosa è il diritto *in se*; vale per la filosofia della politica, la quale studia che cosa è la politica *in se*; vale –ancora– per la filosofia della scienza, la quale studia che cosa è la scienza *in se* e gli esempi potrebbero proseguire. Correttamente è stato osservato, peraltro, pur in altro contesto, che “la natura [delle cose (nda)] non è altro che l'insieme dei caratteri permanenti [ed essenziali (nda)] che caratterizzano un essere” [Leclercq, J. (1962). *Dal diritto naturale alla sociologia*. Roma. Edizioni Paoline, 128].

28 La prospettiva di riferimento sarebbe –sotto un certo profilo– sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana –secondo Locke, infatti, “la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri” [Locke, J. (2013). *Secondo trattato sul governo*. Milano. BUR, 363]– sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona” [Kant, I. (1965). “Sopra il detto comune ‘questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica’”. In Bobbio, N.; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET, 255] e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro” [Kant, I. (1982). *Stato di diritto e società civile*. Roma. Editori Riuniti, 217].

non può ammettere la doppia verità giuridica, non può ammettere, cioè, che “diritti” od “ordinamenti” in contrasto (sui principii) siano parimenti veri e indifferentemente giuridici, sulla base, per esempio, della loro idoneità al raggiungimento di una pluralità multiforme di obiettivi operativi. E se indubbiamente, alla luce di un approccio teoretico-realistico, può ammettersi e in certi casi anche richiedersi per ragioni di giustizia sostanziale che la disciplina di alcuni istituti sia diversa e peculiare rispetto a quella di altri, come anche che un dato contesto storico-sociale sia retto da norme (da un Ordinamento giuridico) diverse rispetto a quelle di un altro e differente contesto, ciò non significa che vi sia spazio per una verità e per una giustizia storiche o contestuali, vale a dire per una concezione storicistica o tematica e dell’una e dell’altra, tale per cui possono essere parimenti valide, parimenti giuste e parimenti vere, a seconda del contesto cui esse si riferiscono²⁹, norme contrastanti tra loro per essenza, ma al contrario significa –sulla scorta, peraltro, dell’insegnamento che già Aristotele propone nell’*Etica a Nicomaco*³⁰– che la declinazione del medesimo *principium iuris*, del medesimo principio, cioè, che afferisce alla dimensione del giusto naturale, può sostanzarsi in una pluralità di espressioni del giusto legale, in una pluralità di espressioni giuridiche, dunque, tra loro coerenti e coese nell’ordine del giure, vale a dire nell’ordine del *an iustum*, anche se differenti e diverse sotto il profilo del *quomodo* o del *quantum*. Per esempio, attiene alla dimensione del giusto naturale l’obbligazione di corrispondere la mercede a chi presta la propria opera lavorativa e in nessun caso il contrario può ritenersi altrettanto giuridico; ma per quanto attiene al giusto della mercede, vale a dire al giusto relativo al *quantum* di essa, è chiaro che questo dipenda da una pluralità di fattori storici, sociali, economici *et coetera* i quali, diven-

29 Pascal, per esempio, osserva che “nulla si vede di giusto o d’ingiusto che non muti qualità col mutar del clima. Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano decide della verità [...] il diritto ha le sue epoche; l’entrata di Saturno nel Leone segna l’origine di questo o quel crimine. Singolare giustizia, che ha come confine un fiume! Verità di qua dei Pirenei, errore di là [...] il furto, l’incesto, l’uccisione dei figli o dei padri, tutto ha trovato posto tra le azioni virtuose [...]. Ci sono senza dubbio leggi naturali, ma questa bella ragione corrotta ha corrotto ogni cosa [...]. Nulla, secondo la pura ragione, è per sé giusto; tutto muta col tempo” [Pascal, B. (1968). *Pensieri*. Milano. Mondadori, 301, 189].

30 Peraltro una questione è quella concernente il c.d. giusto naturale e un’altra è quella relativa al c.d. giusto legale, ché se il primo rappresenta il *proprium* del principio di diritto, il secondo, partecipando necessariamente di quello, dipende dall’opportunità, sotto il profilo della prudenza, d’una specifica prescrizione giuridica diversificantesi nell’*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*, a seconda delle varie circostanze di tempo, di luogo *et coetera*. Invero “del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito” [Aristotele (2007). *Etica nicomachea*. Milano. Bombiani, V, 7, 209].

do essere prudentemente considerati *in casibus*, possono portare a diverse quantificazioni di essa, tutte egualmente giuste.

Tutto ciò, allora, dimostra, sotto un certo profilo almeno, il carattere α -dommatico del sapere filosofico: esso, infatti, essendo razionale per essenza, eppertanto essendo anche consapevole dei limiti proprii della ragione umana, da un lato non si àncora a opzioni volontaristiche, nemmeno se queste fossero habermasianamente condivise e dall'altro resta necessariamente aperto al perseguimento, sempre maggiore, della propria perfezione nell'ordine del vero, alla scoperta, cioè, sempre più profonda, della verità e della realtà delle cose. Non che –si badi– si tratti di un sapere liquido, cartesianamente provvisorio³¹, di un non-sapere il quale, per effetto del dubbio metodico, scade inesorabilmente nel nihilismo –questa sarebbe l'anti-filosofia, non la filosofia–, ma altro è negare la verità e affermare dommaticamente e contraddittoriamente la sola verità della non-verità cioè la sola verità delle molte verità –come fa, per esempio, il liberalismo politico-giuridico giustamente criticato sul punto da Danilo Castellano³²– e altro è

31 Cartesio, infatti, scrive che “*afinque je ne demeurasse point irrésolu en mes actions pendant que la raison m'obligerait de l'être en mes jugements et que ne je laissasse pas de vivre dès lors le plus heureusement que je pourrais je me formai une morale par provision qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes*” [Descartes, R. (1861). *Discours de la methode*. Parigi. Librairie Classique d'Eugène Belin, 21]; talché è stato osservato, commentando il passo testé citato, come per Cartesio “mentre si ricercano i principi certi occorre [...] seguire una morale provvisoria per vivere” [Cipolletta, P. (2008). “Etica e morale nell'epoca della metafisica del soggetto: Cartesio”. In Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi, 138] la quale morale provvisoria, però –aggiungiamo noi– proprio perché provvisoria e proprio perché “slegata” dai principii in sé morali (cioè della morale in sé), altro non rappresenta che un'opinione soggettivistico-volontaristica purchessia, priva di (necessaria) fondazione ontologica, vero è che “una morale come quella prospettata da Cartesio, evitando di assumere una valenza di tipo universale, non solo non affronta direttamente il problema che il sapere pratico pone alla luce di quello scientifico, ma, anzi, è inevitabilmente necessitata ad abbandonare a sé stessa la ragion pratica. Cartesio ha così aggirato la questione, evitando l'inclusione della morale nell'ambito della universalità della scienza” [Della Pelle, P. (2013). *La dimensione ontologica dell'etica in Hans-Georg Gadamer*. Milano. Franco Angeli, 143 e s.].

32 Invero: “l'esaltazione dell'individuo fatta dal liberalismo [...] viene (nda) fatta consistere nella libertà 'naturale' dell'uomo, vale a dire nel suo potere di realizzare la sua volontà [...]. Si afferma, così, l'assoluta sovranità dell'individuo che diventa regola a se stesso e, se associato, regola per sé e per gli altri secondo la volontà 'collettiva' alla cui formazione [egli (nda)] concorre” [Castellano, D. (2003). *Razionalismo e diritti umani*. Torino. Giappichelli, 12 e s.]. In questo senso, allora, si dovrebbe parlare di “libertà come liberazione [la quale, infatti, (nda)] è [...] il nucleo essenziale del liberalismo” [Castellano, D. (2005). “Costituzione europea: democrazia per quale libertà?”. In Grasso, P. G. (a cura di). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 221]. Posto, infatti –come dice Taylor– che “una società liberale deve rimanere neutrale riguardo alla vita buona [...] e che in essa non c'è posto per una nozione pubblica di bene” [Taylor, C. (1998). “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli, 44 e s.], occorre rilevare

dire che la ricerca teoretica della verità sia sempre dialetticamente aperta a un'analisi razionale delle posizioni via, via conquistate e ciò, proprio in virtù dell'essenza filosofica e non scientifico-galileiana, cioè deduttiva, del sapere umano.

3. Quale diritto?

Sulla scorta di quanto appena osservato, allora, potremmo coerentemente dire che l'ideologia del positivismo e quindi, *lato sensu*, quella (con terminologia gentiliana³³) delle cc.dd. geometrie legali, essendo espressione di un approccio *πáv*-scientifico(-galileiano) alle questioni del diritto, non ha interesse alcuno per il “che cosa” dello *ius*, non ha interesse alcuno, in fondo, per il diritto-in-sé: essa, infatti, ha un mero “interesse operativo” (non speculativo!) per il come delle *normae positae*, per la di loro struttura, per i fini che attraverso di queste possono contingentemente perseguirsi *hic et nunc*. Non a caso –come Danilo Castellano ha opportunamente rilevato³⁴– il

che “la regola procedurale, [virtualmente rappresentata dal c.d. metodo democratico (nda)], si pone come regola sostanziale [...] e, quindi, come verità della non verità, cioè come verità impossibile. In altre parole lo Stato che non riconosce la verità si fa garante della non-verità come verità: diventa valore, perciò, il pluralismo come riconoscimento e fabbrica delle diversità” [Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 39]. Ammettendo, però, “l'uguale valore di tutte le opinioni e di tutte le decisioni, unico criterio per superare il conflitto, nato dal dissenso, [... rimane (nda)] il cieco potere” (*Ivi*, p. 74) e dunque [...] la negazione *tout court* della libertà, anche intesa in termini liberali come libertà negativa, qualora essa si esprima *de facto* in una forma contrastante con quelle proprie delle cc.dd. identità collettive, vale a dire con quelle che sono compatibili con “una scala di valori espressa in positivo e in negativo, propria della cultura di appartenenza a cui ciascuno fa riferimento” [Di Cristofaro Longo, G. (1993). *Identità e cultura. Per un'antropologia della reciprocità*. Roma. Studium, 47].

33 Cfr. Gentile, F. (2008). “Stanza della ‘geometria legale’”. In Gentile, F. *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 51 e ss. L'Autore acutamente osserva che “la geometria legale deve postulare la sovranità del soggetto pubblico e la sudditanza dei soggetti privati [...]. Unica fonte del diritto l'ordinamento delle relazioni intersoggettive, la legge in quanto espressione della volontà sovrana [...] unica guida il legislatore [...]. Di questa operazione prometeica di controllo sociale, [allora (nda)], l'operatore giuridico, in quanto applicatore della volontà legislativa [cioè sovrana (nda)], sarebbe il primo attore, essendo [egli (nda)] chiamato a qualificare giuridicamente i comportamenti individuali mediante il sillogismo giuridico, di cui, come sostiene Kelsen, premessa maggiore è la *Grundnorm*” (*Ibidem*, 55 e s.).

34 Infatti: “[...] la questione non può essere affrontata né considerando le ‘fonti’ secondo la geometria legale [...], né ricorrendo alla teoria del diritto vivente. Il diritto, propriamente parlando, non ha ‘fonti’. Ha soltanto un fondamento: la giustizia [...]. Affermare [... allora (nda)] che le fonti di produzione [del diritto positivo (nda)] sono gli atti e i fatti normativi abilitati a costituire l'ordinamento e non spiegare quali atti e quali fatti sono idonei a questo scopo

problema del positivismo giuridico è tutto ridotto alla *μακρά*-questione delle fonti del diritto –e più propriamente dovrebbe dirsi delle fonti normative– senza che abbia rilievo alcuno il fondamento delle prescrizioni medesime. Tutto, insomma, si giuoca sul piano della vigenza e dei meccanismi di essa, senza che in alcun modo rilevi il problema della validità sostanziale. Anche la branca costituzionalistica del positivismo –si badi–, la quale, in fondo, come Ayuso Torres ha osservato³⁵, vorrebbe vagliare le leggi sulla base di un criterio normativo a esse superiore, punto quello della Costituzione formale, e garantire ai cittadini una sorta di libertà “dallo” Stato, pur “nello” Stato, non esce dal dedalo della scienza del positivismo, giacché le stesse norme costituzionali non derivano dai principii proprii della comunità politica aristotelicamente intesa (*κοινωνία πολιτική*), classica, non rappresentano, cioè, un atto di autentico riconoscimento dei principii trascendenti del diritto in sé, il quale –come Cicerone ricorda³⁶– è condizione (naturale) e non prodotto del *populus*, ma piuttosto promanano dall’immanentismo radicale di una procedura costituente(-si) che auto-pone sé stessa e le proprie disposizioni, così auto-legittimandosi per effetto del potere che la sostiene e vuole storicamente. Infatti, come Pietro Giuseppe Grasso ha osservato³⁷, il c.d. potere costituente non è un potere ordinatore, non è, cioè, un potere-autorità che informa l’Ordinamento secondo i principii proprii dell’ordine giuridico-naturale, della regalità platonica³⁸, ma è piuttosto un mezzo per

e soprattutto perché, significa rinunciare a individuare l’essenza stessa del diritto” [Castellano, D. (2015). *Quale diritto?* Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 32 e ss].

35 Il citato Autore, infatti, precisa che “el Derecho Constitucional es el ‘Derecho Natural del Estado moderno’ [come lo ha definito Pietro Giuseppe Grasso, citato dallo stesso Ayuso Torres (nda)] y el constitucionalismo no es otra cosa que la ideología de la Constitución liberal” [Ayuso Torres, M. (2012). “¿Hay un poder constituyente?”. In Ayuso Torres, M. (a cura di). *El problema del poder constituyente*. Madrid. Pons, 139] sicché è “absurdo de considerar como ‘jurídico’ un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside [...] la primera y suprema fuente del Derecho, que representan el nacimiento del Derecho ‘Objetivo’. Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y Derecho” (*Ivi*, p. 153).

36 Cicerone, infatti, scrive: “*est igitur [...] res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communiione sociatus*” (Cicerone, M. T. *De re publica*, 1, 25).

37 Cfr. Grasso, P. G. (2006). *Il potere costituente*. Torino. Giappichelli, *passim*. Per esempio l’Autore rileva che “il potere costituente viene identificato con la volontà collettiva del soggetto popolo o nazione, considerata nei suoi caratteri naturali o fenomenici, di fuori da regole, forme ed organizzazioni prestabilite” (*Ivi*, p. 21) onde risulta “contraddetto e rovesciato l’insegnamento classico, secondo che un popolo diventa capace di agire politicamente solo se regolato ‘in forma’ di diritti e sottoposto ad un ordine civile” (*Ivi*, p. 20).

38 Cfr. Platone. *Repubblica*, 343 a, dove l’Autore precisa che “nessun altro uomo, in

l'affermazione della sovranità, uno “strumento legale [– come scrive Danilo Castellano – (nda)] per l'affermazione del nichilismo giuridico e più in generale del relativismo”³⁹.

Ciò vorrebbe dire, allora, che le norme del positivismo, da un lato non hanno bisogno di alcun riferimento al giure e dall'altro ch'esse rispondono sempre e rigorosamente alla loro *ratio* interna, ch'esse sono, in una parola, sempre e rigorosamente scientifiche. Così non è! E così non può essere –aggiungiamo– proprio perché il diritto è essenzialmente caratterizzato dall'umanità: “*hominum causa omne ius constitutum est*”⁴⁰, ed esso, pertanto, non può ridursi a mezzo meccanico per il perseguimento d'uno scopo purchessia, a meccanismo asfittico del sistema. E anche se il diritto stesso venga inteso in senso positivistico, resta comunque ineludibile l'istanza razionale propria dell'essere umano, vale a dire l'istanza razionale propria del destinatario “naturale” dei diritti e del “soggetto” dell'Ordinamento.

La questione è complessa assai ed essa, aprendo anche ad altri problemi (persona, soggetto, razionalità *et coetera*), meriterebbe una trattazione a sé, che in questa sede non può farsi. Nondimeno possiamo ora rilevare che l'esperienza stessa del diritto positivo, palesando in sé felici contraddizioni, nega, *per accidens*, la sua scientificità assoluta sotto il profilo e del contenuto e del metodo.

Si pensi, per fare un esempio circa la non-autosufficienza dell'Ordinamento, a quello che Danilo Castellano ha chiamato “realismo del Codice civile”⁴¹: il Codice, infatti, il quale pure fa propria la dogmatica delle “fonti del diritto”⁴² e il quale, come è noto, nasce in un contesto ideologico assolutamente positivistico, di fatto sconfessa, con il proprio articolato, le *rationes* dalle quali esso trae origine. Non si può dire, infatti, che il Legislatore –per esempio– normando la compra-vendita (*sub art. 1470 c.c.*), la responsabilità civile (*sub art. 2043 c.c.*), la rescissione per lesione *ultra dimidium* (*sub art. 1448 c.c.*), la disciplina del condominio (*sub art. 1117 c.c.*) *et coetera* abbia creato gli istituti *de quibus* sulla base di un'opzione *a priori* non metafisicamente fondata e del tutto dipendente dalla sua volontà sovrana; né si

nessun'altra forma di governo, almeno nella misura in cui [egli (nda)] è governante, si porrebbe come obiettivo il proprio vantaggio e lo imporrebbe agli altri; egli piuttosto cercherebbe l'utile di chi dipende da lui, essendo il beneficiario della sua arte. In tale senso egli compie ogni sua azione, dice ogni sua parola guardando a lui, al suo interesse, a ciò che gli si addice” [Platone (2016). *Repubblica*. Milano. Bompiani, 1096].

39 Castellano, D. (2013). *Costituzione e costituzionalismo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 43 e s.

40 Ermogeniano, A. D. 1. 5. 2.

41 Castellano, D. *Quale diritto?*, cit., *passim*, in particolare 93.

42 Art. 1 Disposizioni sulla Legge in generale cc.dd. Preleggi.

può dire –come ha affermato Portalis⁴³– che egli avrebbe potuto normarli in modo radicalmente ed essenzialmente diverso, ottenendo –*coeteris paribus*– il medesimo risultato in termini di ubbidienza. Un altro, più recente, esempio di realismo dello *ius positum*, è offerto anche dalla disciplina dettata dal D.P.R. 211/2003 in materia di sperimentazione farmacologica e clinica; questa disciplina, infatti, in contro-tendenza rispetto alle teorie liberali sull'assoluta autodeterminazione della volontà della persona chiaramente espresse anche dalla Corte costituzionale⁴⁴, ma in regime di piena coerenza con il principio già enunziato dall'art. 5 c.c., fa divieto, tra le altre cose, di appaltare il proprio corpo per i fini della ricerca medica e quindi di disporne *ad libitum* con finalità di lucro (giusta un atto di libertà negativa-autodeterminazione del *velle*). Gli esempi potrebbero proseguire, anche considerando –in ipotesi– la disciplina penalistica dell'omicidio del consenziente (*ex art. 579 c.p.*) o del reato di incesto (*ex art. 564 c.p.*), le norme in materia di maltrattamento degli animali (*ex art. 544 ter c.p.*), le regole civilistico-urbanistiche poste a presidio della proprietà fondiaria (*e.g.* l'art. 844 c.c.) *et coetera*. Ciò che merita di rilevare, comunque, è rappresentato dall'inevitabile presenza, *in posito iure*, di una risposta, vera come nei casi testé citati, o falsa come in altri che pur potrebbero invocarsi⁴⁵, a un'indigenza fondamentale

43 Portalis riteneva, infatti, che “*la loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore*” (J. S. M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Séance du 4 Ventôse an XI).

44 La Corte costituzionale della Repubblica italiana, già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub art. 3 cost.*, che “il primario imperativo costituzionale [...] dovesse essere quello (nda) di perseguire l'obiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona” (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza N° 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre). Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la “libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare” (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza N° 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesaurò) della persona e che “l'art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata” (12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza N° 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri).

45 Il problema della “giustificazione” delle norme positive e dunque il problema legato alla “ragione” della loro ubbidienza, è vasto. In questa sede esso non può essere trattato, anche perché imporrebbe di considerare approfonditamente la natura dell'essere umano e la sua libertà di operare, sempre e comunque (*etsi coactus...*), una scelta consapevole e responsabile. Non solo: questo problema, infatti, metterebbe anche in luce l'insufficienza della minaccia sanzionatoria rispetto al fine del c.d. ordine pubblico, rappresentato dalla generale ottemperanza ai precetti normativi. Anche il Sistema nazista, infatti –lo citiamo come esempio paradigmatico, ma non è l'unico, ovviamente– ha dovuto dare una “giustificazione”, o per meglio dire una “motivazione plausibile”, anche se irrazionale e disumana, la quale rendesse “ragione” della propria vigenza. Si pensi all'importanza che ebbe, per il Regime in parola, il *Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* affidato a Goebbels. Lo stesso discorso, *in parte qua*, vale

di razionalità e di giustizia, indigenza che l'uomo non può reprimere, anche se –come la storia insegna– può disattendere e tradire.

L'anti-scientificità delle norme positive, poi, è anche certificata –se così possiamo dire conclusivamente– dalle “petizioni di principio” interne alle stesse discipline dei cc.dd. nuovi diritti. Due esempi chiariranno i termini della questione. Si pensi alla legge in materia di divorzio (*ex* L. 898/1970 ss.mm.ii.): essa nasce per garantire la libertà-autodeterminazione del coniuge di sciogliersi dall'obbligazione nascente *ex se* dal negozio matrimoniale; si tratta, cioè, di una norma che fa propria l'ideologia liberale della libertà negativa. Questa stessa norma, però, consentendo lo scioglimento del matrimonio anche su istanza di uno solo dei coniugi, sacrifica –per così dire– l'ipotetica, opposta, libertà dell'altro coniuge di mantenere in essere il vincolo e il rapporto di coniugio; quindi essa nega, *in parte qua*, l'assunto della libertà negativa dal quale essa stessa trae origine. Un altro analogo esempio, poi, è offerto anche dalla più recente normativa in materia di cc.dd. unioni civili (*ex* L. 76/2016): essa, infatti, nata con l'intento di rispondere, per norma, al desiderio di coloro i quali vogliono istituzionalizzare la loro unione sentimentale, anche se quest'ultima sia concettualmente priva di causa apprezzabile sul piano dell'obiettività, limita lo spettro applicativo della propria disciplina e cioè le ipotesi in cui la c.d. unione civile può essere contratta, alle sole fattispecie contemplate dal Legislatore: per esempio restano escluse le cc.dd. unioni poligamiche e le relazioni incestuose. Ciò significa che la norma, pur partendo dall'assunto in virtù del quale l'Ordinamento dev'essere neutrale –indifferente secondo le categorie tayloriane⁴⁶– di fronte al vincolo sentimentale e deve apprestare –secondo le tesi del radicalismo– le più idonee provvidenze affinché chiunque lo voglia possa ottenere un “riconoscimento” formale della propria unione, si struttura, poi, in una disciplina escludente nell'inclusione, vale a dire escludente rispetto

anche per le norme positive con le quali lo Stato viola il diritto e impone ai cittadini di concorrere essi medesimi alla violazione... in loro danno: anch'esse, infatti, vengono “presentate” alla c.d. opinione pubblica come norme indispensabili al perseguimento di un “bene” ritenuto acriticamente superiore. Si pensi alla disciplina (“imposta” dall'Unione europea) sul c.d. *bail-in*; alle norme in materia di “prelievo diretto” sul capitale depositato nel Conto corrente bancario; alla normativa in tema di aborto procurato; alla legge istitutiva del c.d. diritto al parto anonimo *et coetera*.

46 Taylor, infatti, sostiene che “una società liberale deve rimanere neutrale [*id est*, indifferente sul piano sostanziale (nda)] riguardo alla vita buona [... dacché in essa (nda)] non c'è posto per una nozione pubblica del bene” (Taylor, C. “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J. ; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., 44 e s.); questo, ovviamente, porta “all'indifferentismo che, sul piano politico-giuridico, è costretto a sua volta a individuare il criterio di [e della (nda)] legittimità nel consenso modernamente inteso” (Castellano, D. *La verità della politica*, cit., 74).

alle unioni sentimentali che essa medesima non include nel novero di quelle considerate per legge meritevoli di tutela normativa.

Il discorso fatto, allora, ci porta a concludere ricordando il monito ulpiano⁴⁷ e rilevando che solo un approccio autenticamente filosofico alle questioni del diritto e della politica, cioè un approccio ai problemi del giure, il quale sia umilmente guidato dal sapiente e intelligente uso della nostra ragione e il quale persegua esclusivamente il fine della verità del diritto stesso, può portare un utile contributo per dirimere, secondo giustizia, le questioni che l'effettività pone su tutti i possibili fronti di analisi. Non c'è scienza galileiana, infatti, che possa rispondere in modo fondato e non-contraddittorio alle richieste di ordine-vero che l'essere umano e la sua comunità politica naturale hanno ed esprimono.

Bibliografia

- Aristotele (2007). *Etica nicomachea*. Milano. Bompiani.
- Aristotele (2005). *Politica*. Roma – Bari. Laterza.
- Ayuso Torres, M. (2012). “¿Hay un poder constituyente?” In Ayuso Torres, M. (a cura di). *El problema del poder constituyente*. Madrid. Pons.
- Ayuso Torres, M. (2016). *Constitución. El problema y los problemas*. Madrid. Marcial Pons.
- Ayuso Torres, M. (2004). *L'Àgora e la piramide*. Torino. Giappichelli.
- Berardi, A. (2006). “Gli strumenti per affrontare il viaggio”. In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Berardi, A. (2006). “La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali”. In Gentile, F. *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Bifulco, R. (2003). “Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?”. In *Quaderni costituzionali*. Bologna. Il Mulino.
- Bobbio, N.; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di) (1965). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET.
- Carrino, A. (1990). *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cartabia, M. (2009). “Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali”. In Perrone, B. (a cura di). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè.
- Casa, F. (2005). *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso*

47 Cfr. Ulpiano, D. D. 1. 1. 1. a mente del quale, infatti, “*cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam prae-miorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*” (*Ibidem*).

- l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*. Padova. CEDAM.
- Casa, F. (2006). "Un passaggio in mare aperto: la dialettica". In Gentile, F. *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di) (2008). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi.
- Castellano, D. (2013). *Costituzione e costituzionalismo*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2005). "Costituzione europea: democrazia per quale libertà?". In Grasso, P. G. (a cura di). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (1984). *La libertà soggettiva*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2002). *La verità della politica*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2011). *Ordine etico e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2015). *Quale diritto?* Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Castellano, D. (2003). *Razionalismo e diritti umani*. Torino. Giappichelli.
- Cicerone, M. T. *De re publica*.
- Cipolletta, P. (2008). "Etica e morale nell'epoca della metafisica del soggetto: Cartesio". In Casini, L.; Pansera, M. T. (a cura di). *Istituzioni di filosofia morale*. Roma. Meltemi.
- Della Pelle, P. (2013). *La dimensione ontologica dell'etica in Hans-Georg Gadamer*. Milano. Franco Angeli.
- Descartes, R. (1861). *Discours de la methode*. Parigi. Librairie Classique d'Eugène Belin.
- Di Cristofaro Longo, G. (1993). *Identità e cultura. Per un'antropologia della reciprocità*. Roma. Studium.
- Di Marco, R. (2017). *Autodeterminazione e diritto*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Di Marco, R. (2015). "Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del "concetto" fondativo e fondamentale (I), (II), (III)". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto – R.I.F.D.* Milano. Giuffrè, voll. 2, 3 et 4.
- Ermogeniano, A., D. 1. 5. 2.
- Fabro, C. (1974). *L'avventura della teologia progressista*. Milano. Rusconi.
- Falcon, G. (2003). *Lineamenti di diritto pubblico*. Padova. CEDAM.
- Gentile, F. (2006). *Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. Padova. CEDAM.
- Gentile, F. (2008). *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Gentile, F. (2008). "Stanza della 'geometria legale'". In Gentile, F. *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Gentile, M. (1939). "Il valore classico della metafisica antica". In Gentile, M. *La metafisica presofistica*. Padova. CEDAM, XVII.
- Grasso, P. G. (a cura di) (2005). *Europa e costituzione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Grasso, P. G. (2006). *Il potere costituente*. Torino. Giappichelli.

- Jemolo, C. A. (1982). *Tra diritto e storia: 1960 – 1980*. Milano. Giuffrè.
- Jhering (von), R. (1972). *Lo scopo del diritto*. Torino. Einaudi.
- Kant, I. (1965). “Sopra il detto comune ‘questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica’”. In Bobbio, N; Firpo, L.; Mathieu, V. (a cura di). *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino. UTET.
- Kant, I. (1982). *Stato di diritto e società civile*. Roma. Editori Riuniti.
- Leclercq, J. (1962). *Dal diritto naturale alla sociologia*. Roma. Edizioni Paoline.
- Locke, J. (2013). *Secondo trattato sul governo*. Milano. BUR.
- Marsilio da Padova. *Defensor pacis*.
- Montejano, B. (2012). *Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires. Ediciones Del Alcázar.
- Montejano, B. (2014). “Reportaje a Danilo Castellano”. In *Centurión*, ottobre – novembre 2014. Buenos Aires. Marcelo H. Loberto.
- Oriani, A. (1997). *Niccolò Machiavelli*. Napoli. Alfredo Giuda Editore.
- Pascal, B. (1968). *Pensieri*. Milano. Mondadori.
- Perrone, B. (a cura di) (2009). *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell’U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*. Milano. Giuffrè.
- Platone. *Minosse*.
- Platone (2016). *Repubblica*. Milano. Bompiani.
- Predieri, A. (1963). *Pianificazione e costituzione*. Milano. Edizioni di Comunità.
- Sartre, J. P. (1975). *L’essere e il nulla*. Milano. Il Saggiatore.
- Schmitt, C. (1984). *Dottrina della Costituzione*. Milano. Giuffrè.
- Taylor, C. (1998). “La politica del riconoscimento”. In Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*. Milano. Feltrinelli.
- Ulpiano, D., D, 1. 1. 10.
- Ulpiano, D., D. 1. 1. 1. 1.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi.
- Zanuso, F. (a cura di) (2013). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli.
- Zanuso, F. (2013). “Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno”. In Zanuso, F. (a cura di). *Custodire il fuoco*. Milano. Franco Angeli.