Università
Ca'Foscari
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School

Dottorato di ricerca
in FILOSOFIA
Ciclo XXV
Anno di discussione 2013

Indagini sul concetto di "diritto" tra pensiero classico e moderno
Diritto soggettivo, proprietà e autorità in Luigi Taparelli d'Azeglio

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: M-FIL/03
(FILOSOFIA MORALE)
Tesi di Dottorato di ALESSANDRO BIASINI, matricola 955731

Coordinatore del Dottorato
Prof. Carlo Natali

Tutore del Dottorando
Prof. Paolo Pagani

INTRODUZIONE

Il pensiero dell'ordinamento concreto

Il nostro lavoro affronta il tema del diritto nel suo rapporto tra la tradizione antica e medievale e la tradizione moderna. Lo scopo che siamo proposti è quello di affermare la superiorità della concezione classica del diritto, che, con una espressione mutuata dall'opera di Carl Schmitt, abbiamo anche chiamata *pensiero dell'ordinamento concreto*. Sarà nostro compito esaminare i testi degli Autori classici, in particolar modo i testi di san Tommaso d'Aquino, per ritrovare le radici di tale pensiero, che fa del diritto la stessa sostanza dei rapporti e delle pratiche inerenti alla città. *Concreto* è qui adoperato in contrapposizione ad *astratto*. Infatti, ciò che a noi maggiormente preme è di salvaguardare il diritto contro le *astrazioni* che di esso sono state compiute nella modernità politico-giuridica, laddove "diritto" viene a significare talora la "legge" o l'insieme delle leggi in quanto poste dal potere del legislatore, talaltra la pura "facoltà" de soggetto di "aggredire", per dir così, le cose, nella loro bruta materialità esteriore, sulla base di una mera pretesa morale fondata sul lecito e sulla libertà. Abbiamo, insomma, di fronte a noi due pericolose astrazioni: da un lato il *positivismo*, che, come vedremo troverà compiuta realizzazione nel *formalismo*, dall'altra il *moralismo*, che si colora di *soggettivismo* e di *apriorismo*, di coloro che pretendono di inferire quanto è giuridicamente rilevante da una morale astratta del soggetto. Troviamo qui esposti i due corni del dualismo caratteristico di quella stagione del pensiero moderno che va sotto il nome, non del tutto felice, di *giusnaturalismo*. È propriamente "giusnaturalista" Hobbes? Ci sono delle serie ragioni per dubitare – come vedremo nel prosieguo – che l'esito del suo pensiero sia propriamente giusnaturalistico. Non è del tutto infondata la tesi di Pietro Piovani, secondo il quale «il diritto naturale moderno – diciamolo in termini apparentemente paradossali – non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout*

court»[1]. Ciò è tanto più vero allorché consideriamo il pensiero di alcuni Autori – Hobbes in testa – per i quali il diritto naturale sembra svuotato di ogni elemento sostanziale e finisce per divenire uno strumento per fondare l'assoluta positività della legge, che ne viene a costituire l'essenza, piuttosto che una garanzia di limitazione della legge nei confronti dei sudditi.

Tuttavia, ciò che in questa sede importa rilevare, a nostro avviso, consiste nel fatto che l'intera parabola della modernità giuridico-politica si muove entro questo *dualismo*: da un lato la legge nella sua positività, come espressione del puro potere di chi la pone, come pura *forma*, e, dall'altro, la morale, con le sue esigenze sempre crescenti di libertà, con i suoi contenuti di volta in volta variabili secondo le finalità politiche immediate o secondo le esigenze propugnate dalla classe o dal gruppo sociale dominante; una morale, cioè, che sempre più nutre la pretesa di essere giuridicamente vincolante, fornendo alla legge i contenuti, la *materia*, di cui esso non può fare a meno. Tutto il pensiero giuridico-politico della modernità si muove entro tali polarità contrapposte, *forma* e *materia*. Il diritto, insomma, nella modernità, non trova più una definizione unitaria, ma oscilla tra le opposte definizioni di diritto come "legge", ossia come "forma", e diritto come "diritto soggettivo", come materia. Che cosa significa, dunque, "diritto"? L'irriducibile dualismo del pensiero della modernità non consente di rispondere a tale domanda in maniera non equivoca. Se corriamo avanti negli anni, Hans Kelsen si sbarazzerà di tale dualismo semplicemente negando qualsiasi valore ad ogni aspetto che non sia riducibile alla pura forma del diritto: porterà così a compimento il lavoro che Hobbes non aveva potuto condurre fino in fondo, stante il presupposto dualistico nel quale si inseriva il suo pensiero, nel quale si inserisce del resto *tutto* il pensiero della modernità giuridico-politica. Tuttavia, l'operazione di Kelsen può funzionare soltanto nella misura in cui *presuppone* che si dia un tale dualismo – e tale è la critica che noi muoviamo, non solo contro il pensiero di Kelsen, ma contro tutto il pensiero della modernità politica.

Dal canto nostro, la dottrina del diritto come ordinamento concreto si pone *al di là* di tale dualismo: non lo conosce perché il suo intento è quello di scoprire, di rivelare e

[1] P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari 1961, pp. 111-2.

di salvaguardare una razionalità *già originariamente* presente nell'esistente. Ecco che il *concreto* del diritto sarà un mondo fatto di pratiche e di relazioni umane aventi natura obiettiva, intriso di una propria e specifica razionalità che è una razionalità originariamente *pratica*, un mondo di cui tanto la legge quanto il diritto soggettivo non sono che *astrazioni*, che, in quanto tali, non possono essere comprese separatamente da tale contesto.

Luigi Taparelli d'Azeglio tra pensiero classico e moderno

Questo lavoro ha anche, da un lato, lo scopo di trattare il concetto di "diritto soggettivo" e di "proprietà privata", dall'altro di affrontare la questione dell'origine dell'autorità in Luigi Taparelli d'Azeglio, con particolare, ma non esclusivo, riferimento alla sua opera maggiore, il *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*[2]. Com'è evidente, il termine "diritto naturale" compare anche nel titolo dell'opera più nota di Taparelli; per tale ragione, ci sembra imprescindibile cercare di comprenderne il significato, per come esso appare negli scritti del Nostro, cercando, per quanto possibile, di liberarci dai presupposti che lo vogliono un perfetto continuatore della tradizione aristotelico-tomista. Come sappiamo, infatti, in quegli anni si andava assistendo ad una riviviscenza degli studi sull'Aquinate, sulla spinta anche di specifici pronunciamenti papali (anche se il riferimento primo e fondamentale va ovviamente all'enciclica *Aeterni Patris* di Leone XIII[3], che è più tarda dell'opera di Taparelli, va rilevato che il Pontefice fu allievo del Gesuita, nel periodo in cui quest'ultimo fu rettore del Collegio Romano, e nutrì sempre per il teologo siciliano una stima sincera e appassionata). Non a caso sopra abbiamo parlato di *presupposti*: per quanto, certo, non si possa dire che Taparelli non abbia tratto ispirazione dalla dottrina di Tommaso d'Aquino (d'altro canto, come potrebbe essere altrimenti?), è tutto da verificare *in quale misura* e *secondo quale prospettiva* ciò sia avvenuto. La tesi, che ci proponiamo di mostrare con il nostro lavoro, è proprio che, nelle questioni che concernono nello

[2] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, 2 voll., Edizioni della *«Civiltà Cattolica»*, Roma 1949 [Palermo 1840].

[3] Leone XIII, al secolo Vincenzo Gioacchino Pecci, fu allievo di Taparelli, rettore del Collegio Romano (poi Pontificia Università Gregoriana del Collegio Romano) negli anni 1824-1829. L'enciclica *Aeterni Patris* fu promulgata il 4 agosto 1879.

specifico il diritto, Taparelli non solo non si rifaccia alla classica dottrina tommasiana, ma proponga una versione del diritto naturale (diritto naturale che è – com'è indicativo dal titolo – l'argomento principale del *Saggio* taparelliano) *incompatibile* con quella del maestro d'Aquino. Occorrerà, dunque, cercare di semantizzare il concetto di "diritto naturale", che, nel corso della storia, è stato, per dir così, riempito dei contenuti più disparati, come giustamente osserva Norberto Bobbio in un suo celebre studio[4]. La tesi di Bobbio, che qui anticipiamo a grandi linee e che non ci pare priva di un suo fondamento e di una sua verità, afferma che il giusnaturalismo non consiste nell'affermare una certa teoria morale, avente certi contenuti in opposizione ad altri contenuti, bensì nell'affermare una teoria del *fondamento* della morale, laddove la natura umana, intesa in quanto fondamento, diviene alcunché di assolutamente formale, orientabile secondo i criteri politico-operativi che di volta in volta il giusnaturalismo ha assunti.

Già nel nostro lavoro di laurea triennale, abbiamo pensato di distinguere tra una tradizione classica (o premoderna) ed una tradizione moderna del diritto naturale. In quella sede, tuttavia, rifacendoci prevalentemente agli studi di Leo Strauss[5] e di Ernest Fortin[6], avevamo declinato tale differenza sulla base del concetto di diritti e di doveri, sostenendo che, mentre la tradizione classica (premoderna) onorava il concetto di "dovere" come avente una sua specificità semantica tanto nell'ordine metafisico del reale quanto nell'ordinamento giuridico, la tradizione moderna (che Strauss vuole inaugurata da Hobbes) fonda il concetto di "dovere" su quello di "diritto", dimodoché il dovere altro non è che il mezzo per la soddisfazione di un diritto. È nota la definizione straussiana di Hobbes come «fondatore del liberalismo», laddove il liberalismo viene inteso *lato sensu* come quella dottrina politica che afferma la priorità del diritto individuale sul dovere. Ciò comporta molte conseguenze, oltre che sul piano giuridico,

---

4 Mi riferisco in particolare, tra i tanti lavori dedicati dal filosofo torinese al confronto tra il diritto positivo e il diritto naturale, a N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965. Vedasi in particolare la parte terza.

5 L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1953 [1950].

6 E. Fortin, *Classical Christianity and The Political Order*, vol. II, in *Collected Essays*, Rowman and Littlefield, Lanham-New York-London 1996.

che nel prosieguo di questo lavoro ci proponiamo di esaminare, sia pure sotto un'angolatura diversa e più comprensiva di quella proposta da Strauss, sia sul piano strettamente morale, con le considerazioni svolte da Fortin sull'oblio del tema della virtù del cittadino in una comunità politica: la comunità politica diventa nient'altro che uno strumento per il soddisfacimento delle pretese dei suoi membri, così come la giustizia viene ridotta a "giustizia sociale", neologismo coniato proprio da Taparelli, che Fortin rivela indicativo di un nuovo modo di intendere i rapporti civili. Che bisogno ci sarebbe di coniare un nuovo termine ("giustizia sociale") se la tradizione ci fornisce un termine già adeguato che è quello di "giustizia"? Tutti ricordiamo le celebri parole di Trasimaco nel I libro della *Repubblica* di Platone: «La giustizia è un bene di altri». Paradossalmente, nessuno meglio di tale fine personaggio uscito dall'ingegno di Platone ha saputo mettere in luce il ruolo alterale della virtù della giustizia, che, per sua stessa definizione, è necessariamente rivolta *ad alteros*, sia che essa sia considerata sotto l'aspetto morale, sia che essa sia vista nel suo aspetto "esteriore", cioè giuridico. Quindi, da dove nasce il bisogno di parlare di una "giustizia sociale"? Esiste forse – si chiede Fortin – una giustizia non-sociale? In realtà – ed è questa la tesi di Fortin, che ci pare condivisibile – una tale espressione rimanda ad una concezione della giustizia che poco ha a che vedere con quella classica: si tratta di una giustizia non intesa classicamente nel senso del *suum cuique tribuere*, bensì nel senso dello stabilire le condizioni grazie alle quali i cittadini possono vedere tutelati i propri diritti. Non vi è immediata corrispondenza tra queste due versioni della giustizia.

Tuttavia, ci siamo resi conto che tale impostazione del rapporto tra tradizione giuridico-politico classica e tradizione giuridico-politico moderna andasse maggiormente approfondita, dal momento che non può essere semplicemente ricondotta alla primazia dei doveri nella tradizione classica piuttosto che alla primazia dei diritti sui doveri nella tradizione moderna. Infatti, il concetto di "diritto soggettivo", su cui tanto si è discusso e che da taluni è visto come il perno della tradizione giuridico-politico moderna, a ragione può essere rinvenuto già nell'opera dell'Aquinate, come opportunamente pone in rilievo il lavoro di Brian Tierney sul concetto di "legge

permissiva"[7]. Se noi intendiamo con l'espressione "avere un diritto (soggettivo)" il fatto di essere beneficiari di un altrui dovere, ci pare chiaro che il concetto di "diritto" è correlato a quello di "dovere", senza che da ciò derivi una priorità logica dell'uno sull'altro. Infatti, né il concetto di "diritto soggettivo", né quello di "dovere" sono concetti primari, in quanto traggono il loro senso e il loro significato dal concetto, questo sì primario e fondamentale, di *diritto* o, se vogliamo, di *giustizia*. Una delle obiezioni all'argomento della correlatività di diritti e doveri sembra consistere nella constatazione che nella visione classica della giustizia "avere un diritto" poteva significare anche "subire un danno". Il *suum tribuendum* di un parricida era quello di essere gettato nel Tevere in un sacco di vipere. Ci pare più che altro una questione terminologica, dal momento che, se noi definiamo il "diritto soggettivo" nei termini di un "beneficio", è evidente che non è un "beneficio" l'essere gettati nel Tevere assieme alle vipere. Tuttavia, risolta tale questione terminologica, non ci pare che il concetto di "diritto soggettivo" o di "diritto-beneficio" ponga una contraddizione nel bilancio del discorso tommasiano sulla giustizia[8]. E ciò è tanto più vero allorché si consideri che il linguaggio tommasiano parla di *jus* e di *justitia* come concetti primari, di cui i concetti di "diritto-beneficio" e di "dovere" non sono che considerazioni dello *jus* dal punto di vista particolare dei soggetti che, di volta in volta, si trovano ad essere parti in causa nei rapporti giuridici. Ciò che invece pone – eccome – una seria contraddizione nel suo discorso è il ripiegamento soggettivistico che il concetto di "diritto soggettivo" porta

---

[7] B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997; trad. it. di V. Ottonelli *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, a cura di A. Melloni, il Mulino, Bologna 2002. Più in generale, sull'argomento "assimilazionista" dei diritti naturali si possono vedere: H. Rommen, *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Liberty Fund, Indianapolis 1998 [1947]. J. Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle,* Éditions de la Maison Française, New York 1942; trad. it. di G. Usellini *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Vita e Pensiero, Milano 1989. J.M. Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford-New York 1998. J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York 1980. Per un approfondimento sintetico del dibattito contemporaneo, molto sentito in ambiente anglosassone, sul tema della relazione tra diritti individuali e doveri sociali, si può leggere: *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.

[8] Per evitare confusioni terminologiche inutili, si può tranquillamente pensare di adoperare l'espressione "diritto-beneficio" escludendo quella di "diritto soggettivo". In questo modo, crediamo di conservare il nucleo concettuale della dottrina tommasiana sulla giustizia preservandola da inutili fraintendimenti.

con sé nella modernità politica, ripiegamento soggettivistico, figlio di una metafisica del soggetto e di una morale operativa separata da un concreto ordinamento, che nulla ha a che vedere con il concetto di "diritto soggettivo" nell'accezione terminologica ristretta che abbiamo qui adoperata. Pertanto, ogni discorso intorno ai diritti cosiddetti "soggettivi" *presuppone* un'idea della giustizia. La domanda prima e fondamentale diventa, allora, la seguente: *Che cosa significa 'ius'*? *Che cos'è la giustizia?* Questa domanda trova risposte assai diverse allorché noi rivolgiamo la nostra attenzione alla tradizione classica o alla tradizione moderna del diritto.

Si rende opportuna una considerazione preliminare. Tanto i diritti quanto i doveri possono essere considerati secondo due ambiti specifici, dotati entrambi di una autonomia che, per quanto relativa, è fondamentale preservare ai fini del nostro discorso – e cioè di una attenta comprensione della demarcazione tra diritto naturale classico (premoderno) e diritto naturale moderno. I due ambiti di cui parliamo sono la morale e il diritto. Entrambi hanno a che fare con la giustizia, ma secondo prospettive diverse che vanno valorizzate nella loro specificità. Ecco che il nostro discorso, dal problema della relazione tra diritti e doveri, si è spostato a considerare la relazione tra la morale e il diritto. Per far ciò, sarà utile prendere in esame il pensiero di Aristotele e di Tommaso d'Aquino, per mostrare come fossero attribuite al tema del diritto una specificità e un'autonomia sconosciute alla moderna tradizione del diritto, che fa di quest'ultimo una mera funzione della morale. Sia che noi consideriamo la giustizia come afferente alla morale, sia che la consideriamo nella sua dimensione esteriore, quindi giuridica, dobbiamo rilevare che essa ha sempre a che fare con l'alterità[9] e che, quindi, essa pone in essere (almeno potenzialmente) tanto i diritti quanto i doveri. Neppure l'universo meccanicistico hobbesiano dello *status naturae* prescinde dalle leggi morali, che pongono obbligazioni tra gli uomini, prima tra tutte quella secondo la quale bisogna cercare la pace. Ci sono delle precise ragioni per le quali, nella tradizione moderna, la morale è diventata una morale astrattamente individualistica, in cui i diritti, concepiti come qualità di un soggetto individualisticamente inteso, hanno avuto la meglio sulle

[9] In tal senso Aristotele, nel V libro dell'*Etica a Nicomaco*, parla della giustizia come virtù «completa», «*teleia*», in quanto strutturalmente rivolta ad altri, mentre la relazione non è necessariamente implicata dalle altre virtù. Su ciò, cfr. Aristotele, *Etica Nicomachea*, V.

obbligazioni verso la società. Ma queste ultime non sono mai state cancellate, neppure dai più spinti sostenitori di uno stato di natura fatto di soli diritti qual è Hobbes. Il problema, infatti, non consiste nella differenza tra una morale solipsistica e una morale sociale, ma tra la morale e il diritto. La prima e la seconda parte di questo lavoro si porranno lo scopo di chiarire il rapporto tra queste due dimensioni dell'agire umano per ben distinguerne le pertinenze e le specificità. La prima parte tratterà di Aristotele e di san Tommaso d'Aquino, fautori di una visione classica del diritto inteso nei termini di un ordinamento concreto: in questa prospettiva emergerà la concezione tradizionale del diritto naturale, che poco o nulla ha a che vedere con quella proposta dai teorici del diritto naturale moderno. La seconda parte, invece, affronterà il pensiero di questi ultimi, limitatamente a due Autori, Grozio e Hobbes, che riteniamo assai significativi, oltre che per la fortuna che le loro rispettive teorie hanno avuto nel prosieguo della dottrina del diritto naturale moderno, anche per lo stretto legame che viene a porsi tra giusnaturalismo moderno e positivismo giuridico. Crediamo, infatti – e sarà nostro compito mostrarlo – che giusnaturalismo moderno e positivismo giuridico siano due fenomeni che stanno alla radice della medesima corrente di pensiero. Ci spingiamo finanche a dire che non sarebbe pensabile il positivismo giuridico (che poi avremo l'onere di definire più dettagliatamente) senza il presupposto del giusnaturalismo moderno.

Per tornare all'Autore che dà il titolo alla nostra ricerca, non c'è dubbio – a nostro avviso – che si situi nell'alveo della tradizione moderna del diritto naturale. Tenteremo di mostrare ciò considerando la trattazione che Taparelli svolge intorno al diritto soggettivo in generale, definito nei termini di un «potere irrefragabile secondo ragione», e nello specifico intorno a quel particolare diritto soggettivo, che tuttavia riveste nella nostra società un'importanza capitale, qual è il diritto di proprietà privata.

Infine, ci proponiamo di considerare nell'ultimo capitolo la concezione taparelliana dell'autorità. In tal senso, prenderemo in esame il vivo dibattito Taparelli-Spaventa sull'origine dell'autorità, ma in chiave critica. Il nostro intento, infatti, è piuttosto quello di mostrare come in entrambi gli Autori, tanto nell'hegeliano Spaventa quanto nel gesuita siciliano, sussista la necessità di trovare una *mediazione* che risolva

in sede filosofica la frattura, tipicamente moderna, tra morale e diritto, mediazione che vede nell'uno l'affermarsi delle dottrine immanentistiche della modernità, nell'altro l'operare trascendente della divina Provvidenza nella storia dei popoli. Ma la radice è più comune di quanto si pensi. Ciò che negli Autori del moderno giusnaturalismo erano il contratto sociale e la dottrina della sovranità, quale luogo in cui avveniva la necessaria mediazione tra la morale e il diritto, nel provvidenzialismo taparelliano tale funzione è ricoperta dall'autorità, giacché quest'ultima si pretende, per dir così, calata immediatamente da Dio nella storia.

Posizione del problema: Hans Kelsen tra giusnaturalismo e giuspositivismo, tra materia e forma, tra principio di validità materiale e principio di validità formale del diritto

Pensiamo che niente possa introdurci meglio alla questione del diritto naturale, considerato nella sua dicotomia tra diritto naturale classico o premoderno e diritto naturale moderno, quanto l'opera di colui che, nel secolo XX, è stato probabilmente il più agguerrito detrattore di ogni dottrina giusnaturalistica, vale a dire Hans Kelsen. Se noi analizziamo con attenzione i testi in cui il giurista praghese affronta il tema del diritto naturale per contrapporlo alla propria dottrina "pura" del diritto, che altro non è se non una variante particolarmente elaborata del positivismo giuridico, scopriamo che egli attribuisce al giusnaturalismo tutte quelle caratteristiche che sono peculiari al diritto naturale *moderno*. In altri termini, potremmo dire che Kelsen considera il diritto naturale come un blocco unitario, assimilando la concezione antica e medievale del diritto (naturale) a quella moderna. Quando, nella parte successiva, andremo a considerare la concezione della giustizia in Aristotele e in Tommaso d'Aquino, rinveniremo quanto poco vi sia di "giusnaturalistico" in senso kelseniano in quelle dottrine.

Per far ciò, riteniamo utile analizzare un testo fondamentale di Kelsen a tale riguardo, laddove il celebre giurista pone in relazione *expressis verbis* il diritto naturale con il diritto positivo. Si tratta de *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo*

giuridico[10].

Anzitutto, giova rilevare come per Kelsen tanto il diritto positivo quanto il diritto naturale siano «sistemi di norme» e «ordinamenti giuridici». Kelsen, naturalmente, considera le due espressioni come perfettamente equivalenti, dal momento che un «ordinamento giuridico» non è altro che un sistema di norme organizzato secondo un principio di validità (che deve essere formale, secondo il positivismo giuridico; materiale, secondo il giusnaturalismo).

Già a questo punto è di assoluto interesse rilevare come Kelsen non abbia altra idea del diritto (quindi anche del diritto naturale) eccetto quella di "legge" o di "insieme di leggi". Il problema che si pone, allora, è quello di distinguere tra leggi aventi validità giuridica e leggi che mancano di tale condizione e che, pertanto, possono essere definite "leggi" solo in senso metaforico. Tali sono, per Kelsen, le cosiddette "leggi naturali". La questione del rapporto tra diritto naturale e diritto positivo è quindi risolta da Kelsen nella questione del rapporto tra *leggi* naturali e *leggi* positive, delle quali solo queste ultime possono essere definite come "giuridiche", per i motivi che ora vedremo.

Ulteriore considerazione: così come Kelsen intende proporre una dottrina "pura" del diritto (positivo), ossia scevra di ogni elemento contenutistico-materiale, allo stesso modo il giurista di Praga propone una versione "pura" del diritto naturale, come se esso fosse un insieme di norme dotato di una sua autonomia *a prescindere* da un ordinamento positivo. Naturalmente, a nulla giova rilevare come non sia mai esistito un diritto naturale *separato* da un diritto positivo, perché una tale osservazione non pone alcun problema ai presupposti metodologici di Kelsen, il quale considera la scienza del diritto al pari delle scienze naturali, le quali devono essere avalutative e si strutturano in termini convenzionali, cioè ipotetico-deduttivi. Perciò, tanto il diritto naturale "puro" quanto il diritto positivo "puro" sono per Kelsen nient'altro che dei *presupposti* o, se vogliamo usare il linguaggio della moderna filosofia della scienza, dei *protocolli*: a

[10] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di A. Gallo e G. Pecora, Etas, Milano 1994 [VI ed.], pp. 395-454. Noi abbiamo seguito la riproduzione di questo testo nel volume *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 59-130. Seguiamo da qui la numerazione delle pagine.

Kelsen non interessa come storicamente siano andate le cose, se mai vi sia stato *in re* un diritto naturale vigente nella sua "purezza", ma interessa l'*operatività* di un tale presupposto. Non è un caso che sia lo stesso Kelsen nel 1945 a parlare della sua dottrina in termini che si rifanno espressamente al concetto di "operatività": «Rispetto ad ogni altra teoria giuridica, la teoria pura del diritto ha il vantaggio di risultare operativa in ogni tipo di organizzazione politica, sia essa democratica o liberale, autocratica o socialista[11]». Ecco che il presupposto positivistico del diritto garantisce una maggiore libertà operativa rispetto a quello giusnaturalistico. Esso è oggetto di una scelta indiscussa e quindi manifestazione di una *volontà* dello scienziato. Tenendo sullo sfondo tali considerazioni, andremo ora ad indagare *e converso* le caratteristiche del giusnaturalismo nella dottrina di Hans Kelsen.

Che cosa dunque non hanno le leggi naturali che invece le leggi positive possiedono? O – che è lo stesso – quali sono le condizioni per le quali noi possiamo definire "giuridico" un dato ordinamento?

La prima notazione che Kelsen svolge a riguardo è, in qualche modo, conseguenza del suo stesso presupposto metodologico di tipo volontaristico (lo scienziato *sceglie* il protocollo, e lo sceglie in ragione della maggiore *operatività* della teoria che viene difesa sul fondamento di quel protocollo). Il diritto positivo – afferma Kelsen – è anzitutto diritto *«posto»* da una volontà umana. Il diritto positivo, insomma, è la legge o l'insieme di leggi *in quanto poste* da una volontà umana. Scrive il Nostro: «A differenza delle regole del diritto positivo, quelle comuni nell'"ordinamento naturale" che governa l'umana condotta non hanno vigore perché sono state "artificialmente" poste da una data autorità umana, ma perché originano da Dio, dalla natura o dalla ragione, e quindi sono buone, rette e giuste. È qui che appare la "positività" di un sistema giuridico, a differenza del diritto naturale: esso è un prodotto della volontà umana – fondamento di validità del tutto estraneo al diritto naturale perché questo, come ordinamento "naturale", non è stato creato dall'uomo e, per definizione, non può essere creato mediante un atto umano. In ciò risiede la contrapposizione tra il

[11] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di G. Pecora e E. Gallo, Etas, Milano 2000 [1966].

principio materiale di validità e quello formale»[12]. In queste poche righe emerge chiaramente il tratto essenziale del diritto naturale: esso abita il regno di Dio, della Natura o della Ragione, - possiamo pure dire che sta sulla Luna o su Marte, ché Kelsen proprio a questo pensa -, ma non quello degli uomini, che agiscono in ragione della loro *volontà* , e le cui norme sono tali in quanto espressione della *volontà* di certi uomini che le statuiscono. Ciò che al diritto naturale manca, insomma, è l'effettività.

In conseguenza di ciò, il diritto naturale, al contrario di quello positivo, non è un diritto coercitivo. L'imperatività delle leggi naturali, infatti, in quanto esse dovrebbero essere – a parere di Kelsen – evidenti di per sé stesse, è garantita dalla loro stessa evidenza. Infatti Kelsen parla sempre di un diritto naturale "puro" ed autonomo rispetto al diritto positivo, e non si pone il problema dei limiti della conoscenza umana della giustizia intesa in senso sostanziale, perché ciò significherebbe entrare in un ambito che i presupposti metodologici della scienza del diritto kelseniana escludono a priori. Ancora una volta, nel mondo degli uomini non è sufficiente l'imperatività delle leggi naturali; occorre la *possibilità* della coazione[13] – e questa può essere garantita solo nell'ambito di un ordinamento giuridico positivo. Pertanto, il diritto naturale non è vero diritto perché esclude in linea di principio questa possibilità: se le leggi naturali mi dicessero che cosa è bene e che cosa non lo è, la loro imperatività sarebbe condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente al loro essere obbedite, senza bisogno di ricorrere ad alcun meccanismo esterno di coazione[14]. Scrive Kelsen: «Ogni teoria

---

[12] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 61-2.

[13] Non a caso Kelsen parla della mera *possibilità* della coazione, perché affermarne la sua effettiva realizzazione significherebbe toccare il piano dell'essere, che Kelsen, nella sua concezione formalistica del principio di validità, si guarda bene dal fare. Sulla separazione di validità ed efficacia di una norma giuridica le critiche al pensiero di Kelsen sono assai numerose. Tra le tante ricordiamo quella di Carl Schmitt: «Nessuna norma può essere applicata al caos» (C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1922; trad. it. di P. Schiera *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1971, p. 39), e quella di Santi Romano, il cui istituzionalismo può essere considerato parola per parola come una risposta critica al formalismo legalista kelseniano (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945 [1918]).

[14] A tal proposito, Kelsen non manca di ricordare come l'organizzazione coercitiva per eccellenza sia lo Stato, tanto da identificare il diritto con esso: «Si può dire che lo Stato è la forma perfetta dell'ordinamento positivo». Cfr. H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre*

giusnaturalistica, fin tanto che serba l'idea di un puro diritto naturale, deve essere un'anarchia ideale; qualsiasi anarchia, dal cristianesimo primitivo al moderno marxismo, è, fondamentalmente, una teoria giusnaturalistica»[15]. Di nuovo, troviamo riproposta la medesima dicotomia di due mondi normativi separati e autonomi.

Infine, possiamo riscontrare una terza caratteristica essenziale del diritto naturale, anche in questa occasione presentata per contrasto al diritto positivo. Il diritto naturale è alcunché di *compiuto*, *definitivo* e *astorico*. Scrive il Nostro: «Forte della sua origine da un valore assoluto, il diritto naturale pretende di avere una validità assoluta e, pertanto, si presenta in armonia con la sua idea pura, come un ordinamento permanente ed immutabile. Il diritto positivo, d'altro canto, con la sua validità semplicemente ipotetico-relativa è, essenzialmente, un ordinamento mutabile all'infinito che può adattarsi a condizioni che mutano nello spazio e nel tempo»[16]. Certo, se noi concepiamo in termini così perentori il diritto naturale, non occorre scomodare la Scuola storica tedesca, come Kelsen fa, per mostrare come una tale visione assolutistica del diritto non renda ragione alcuna dell'esperienza storica. Se identifichiamo il diritto naturale come un insieme di leggi già bell'e confezionate fin dalla notte dei tempi e pronte all'uso all'occorrenza, davvero travisiamo completamente il meccanismo più elementare

---

und des Rechtspositivismus, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, p. 63. Al certo, Kelsen non avrebbe accolto con favore la nota definizione weberiana dello Stato come «monopolio della forza legale in un dato territorio», in quanto si tratta di una definizione empirica dello Stato, che nulla ha a che vedere con il diritto. È altrettanto vero, però, che lo stesso Kelsen ammette candidamente, pur senza farne oggetto della sua scienza, che vuole mantenersi "pura" fino all'ultimo, che dietro gli "a-priori" su cui si fonda la sua dottrina del diritto non ci può essere altro che «la testa di Gorgone del potere». Scrive Kelsen: «La questione che occupa il diritto naturale è l'eterno problema di che cosa si celi dietro il diritto positivo. Ma chi cerca una risposta trova – temo – non la verità assoluta di una metafisica o l'assoluta giustizia di un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere». Cfr. H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, in *«Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatrechtslehrer»*, III (1927), pp. 54-55.

[15] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, p. 63.

[16] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 67-8.

secondo il quale si struttura l'azione umana, che è sempre azione *nelle circostanze concrete*. Infatti, la critica di Kelsen al diritto naturale, concepito in questo modo, non può essere che questa: il diritto naturale, se davvero è alcunché di compiuto, astorico e definitivo, cioè, alla resa dei conti, di *indeterminato*, deve, per sua interna necessità, trasformarsi in diritto positivo. Così si esprime: «Un ulteriore esame di questo problema [se si possa, cioè, porre il diritto naturale come tale] mostra che l'ordinamento del diritto naturale, ammesso che esista, deve necessariamente essere reso positivo nella sua applicazione alle concrete condizioni della vita sociale, dato che le norme generali e astratte del diritto naturale possono diventare norme individuali e concrete soltanto grazie ad atti umani»[17].

Guadagnate, per così dire, in negativo, queste tre caratteristiche del diritto naturale, cioè 1) il fatto di non essere posto da una volontà, 2) il fatto di non poter essere per sua essenza coercitivo e 3) il fatto di essere alcunché di definitivo, astorico e immutabile, in quanto poggiato su un fondamento che si pretende assoluto, non possiamo non leggere in tutto ciò l'eredità della dottrina moderna del diritto naturale. Come vedremo nel prosieguo, infatti, nessuna di tali caratteristiche è predicata del diritto naturale classicamente inteso, così come è presentato nella dottrina di Aristotele e di Tommaso d'Aquino.

Possiamo anche svolgere un'ulteriore considerazione sulla filosofia del diritto kelseniana, ridotta, per sua essenza, a *scienza* – e a scienza *pura* del diritto: essa costituisce il punto di approdo di una lunga tradizione che ha le sue origini nella modernità giuridico-politica. Il positivismo giuridico, per i suoi stessi assunti epistemologici, giunge a completa maturazione quando diviene una vera e propria filosofia della storia con la filosofia positiva di Auguste Comte. Com'è noto, secondo il filosofo francese si susseguono tre fasi nel progresso delle scienze umane: la fase mitologica, la fase filosofica e la fase positiva. Che cosa caratterizza la fase positiva secondo Comte? Il sapere scientifico, connotato da un proprio peculiare metodo di

[17] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, p. 68.

indagine. Tale metodo di indagine ritiene di dover prescindere dalle essenze, da come la realtà *è*, per dire che cosa noi della realtà possiamo *fare*. In tal senso, il sapere scientifico è caratterizzato dalla sua *operatività* (ricordiamo le parole di Kelsen sopra riportate in cui individuava il vantaggio della propria teoria rispetto alle altre nella sua maggiore operatività), e dalla sua strutturazione in termini ipotetico-deduttivi. Entrambe tali caratteristiche sono strettamente legate tra loro: l'una presuppone l'altra. Se la conoscenza scientifica dev'essere misurata dal suo fine operativo, che è oggetto della *volontà* dello scienziato, sarà anche oggetto di scelta (e quindi di *volontà*) l'atto con cui viene selezionata una certa ipotesi di lavoro in quanto si ritiene garantisca una maggiore operatività rispetto ad un'altra.

La conseguenza di tale modo di procedere "geometrico" pone in oblio il tema della giustizia, che non è più vista, considerata, studiata nei suoi risvolti sostanziali, ma diviene semplicemente una funzione ipotetica di regolazione dei rapporti sociali secondo uno schema prefissato che garantisca la prevedibilità dei comportamenti umani sulla base del nesso causa-effetto. Si passa cioè da un'indagine normativa delle relazioni umane a un'indagine meramente causale. Scrive Kelsen: «Esso [il metodo causale per la trattazione dei problemi della teoria sociale] non promuove più una ricerca sulla giustizia, ma sulla necessità causale dell'effettiva condotta degli uomini; esso non è quindi uno studio che cerchi di determinare come gli uomini debbano [normativamente] agire, ma come essi agiscono effettivamente e devono agire secondo le leggi di causa ed effetto»[18]. La scienza del diritto, insomma, in quanto nutre la pretesa di essere un sapere autenticamente scientifico, deve essere completamente avalutativa[19].

---

[18] H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, p. 60.

[19] Non siamo certo lontani dall'insegnamento del grande sociologo tedesco Max Weber sull'avalutatività delle scienze storico-sociali. Su questo tema, più di ogni altra opera, si può secondo noi leggere l'appassionata conferenza che Weber tenne all'Università di Monaco di Baviera nel semestre invernale 1918-9, laddove qualifica il nostro tempo come l'epoca del "disincantantamento del mondo", l'epoca in cui tutti i valori si sono ritirati nel privato delle coscienze o rifugiati nelle chiese. Da un tale punto di vista, la scienza deve ritrarsi da ogni considerazione normativa per limitarsi a dare istruzioni tecniche su come ottenere questo o quel fine, senza entrare nel merito dei loro rispettivi valori. Se la nostra "fame" di valori non è saziata dalla scienza – scrive Weber – non potremmo far altro che rivolgerci «a un profeta o a un salvatore». Cfr. M. Weber, *Wissenschaft als*

Potremmo dire che la sua avalutatività è direttamente proporzionale alla sua operatività.

È utile tenere ben presenti le caratteristiche del giusnaturalismo enucleate da Kelsen in questo scritto, perché nel prosieguo del nostro lavoro cercheremo di mostrare come esse siano peculiari ad una certa concezione del diritto naturale, che è quella *moderna*. Né Aristotele, né Tommaso d'Aquino hanno mai pensato ad un diritto naturale (che – vedremo - è cosa diversa dalla *legge* naturale) come se si trattasse di un sistema in sé perfetto e chiuso, come se si potesse dare un diritto naturale "puro" accanto ad un diritto positivo "puro". Niente di più lontano di ciò dal pensiero dei classici. Tuttavia – come rileva opportunamente il grande giurista cattolico francese Michel Villey - «al giorno d'oggi, nel mondo cattolico, si pubblicano periodicamente dei trattati di diritto naturale che enunciano le regole che si pretendono caratterizzate da definitività. Tali regole potrebbero creare un certo imbarazzo al giurista, se si confrontassero con le norme del diritto positivo: in caso di contrapposizione, quali scegliere? Kelsen ha ragione, a questo proposito, di denunciare un ingrombante dualismo»[20]. La precettistica del diritto naturale (che altro non è se non una precettistica solamente *morale*), che, ancor oggi, certa parte del mondo cattolico si ostina a proporre, non ha nulla a che vedere con la tradizione che pretende di onorare, anzi ne è la negazione. Vedremo, infatti, che il dualismo tra "diritto naturale" e "diritto positivo" è un portato dell'età moderna, di cui Kelsen non è che uno tra gli ultimi epigoni.

Beruf, Duncker & Humblot, Berlin 1919; trad. it. di E. Coccia *La scienza come professione*, a cura di L. Pellicani, Armando, Roma 1997.

[20] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchrestien, Paris 1975; trad. it. di R. D'Ettore e F. D'Agostino *La formazione del pensiero giuridico moderno*, intr. di F. D'Agostino, Jaca Book, Milano 1985, p. 49.

PARTE PRIMA

IL DIRITTO COME PENSIERO DELL'ORDINAMENTO CONCRETO NELLA TRADIZIONE CLASSICA

CAPITOLO PRIMO

I PRESUPPOSTI DELL'ORDINAMENTO CONCRETO NEL PENSIERO DI ARISTOTELE

Nell'introduzione, prendendo in esame la teoria kelseniana, sia pure limitatatamente ai suoi rapporti con il giusnaturalismo, abbiamo rilevato come, nel filosofo praghese, non vi sia altra concezione dell'«ordinamento giuridico» se non quella di un "insieme di leggi". L'ordinamento giuridico, in sostanza, è un insieme di leggi organizzato secondo un principio di validità - che per Kelsen può essere soltanto un principio di validità formale, come abbiamo rilevato. Se noi utilizziamo il termine "diritto" nel suo senso più comprensivo di "ordinamento giuridico", e in tal senso parliamo di diritto italiano, francese, tedesco etc., Kelsen non concepisce altro significato del termine "diritto" se non quello di un insieme di leggi *poste* in un dato ambito territoriale e *organizzate* secondo un principio logico a priori, puramente ipotetico, qual è la *Grundnorm*. Essa, nonostante l'apparenza terminologica, non è affatto una norma, perché, se fosse una norma, sarebbe di necessità posta, mentre per Kelsen è una norma necessariamente *presupposta*, quindi può definirsi "norma" solo in senso metaforico, quando invece si tratta di un principio capace di rendere coerenti e sistematiche le norme poste. La razionalità del diritto, insomma, la sua intima coerenza, si fonda tutta su questo *a priori* che è la *Grundnorm*. Emerge qui, a nostro avviso, un aspetto assai importante da tenere in considerazione ai fini del prosieguo della nostra trattazione, che riguarderà in questo capitolo il pensiero del diritto classicamente inteso. La *Grundnorm* kelseniana, nella misura in cui è il presupposto fondamentale per il quale un insieme potenzialmente eterogeneo di norme sia ordinato secondo criteri di coerenza e di completezza, sta, in un certo senso, fuori dal diritto. Infatti, non essendo una norma *posta*, bensì *presupposta* (e quindi non essendo, in definitiva, nemmeno una norma, se non metaforicamente intesa) non appartiene all'ambito delle pratiche umane che pongono, applicano, interpretano le norme. *Essa è il prodotto di una conoscenza*

teorica applicata alla prassi, ma non è essa una conoscenza pratica. Questa distinzione è fondamentale – a nostro parere – per cogliere la distanza che separa la scienza del diritto di Kelsen dalla razionalità pratica del diritto secondo i teorici classici.

Per Aristotele, infatti, il diritto non è un "insieme di leggi", che necessitino di un qualche fondamento teorico che garantisca loro coerenza e completezza, ma è anzitutto un insieme di pratiche già da sempre organizzato e strutturato secondo una razionalità che è una razionalità pratica immanente all'agire umano, ben distinta da altre forme di razionalità. Non si tratta – lo ripetiamo – di una conoscenza teorica applicata o applicabile alla prassi umana, ma si tratta di una razionalità *originariamente* pratica. Lo scopo principale dei teorici classici del diritto non è, pertanto, quello di elaborare una teoria della prassi sociale che sia più "operativa" di un'altra, bensì quello di scoprire la razionalità già da sempre esistente e operante nelle pratiche umane.

Razionalità della prassi non significa già filosofia pratica. La filosofia pratica è un'ulteriore elaborazione della razionalità pratica, che non può quindi prescindere dal riconoscimento che esiste un ordine e una razionalità immanente alle pratiche umane a prescindere dalla consapevolezza che ne ha il filosofo. Come osserva giustamente Alessandro Biral, «la *praxis* è sì oggetto della scienza, ma il termine oggetto è equivoco – la *praxis* è infatti già in se stessa un sapere, e questo sapere peculiare è un saper agire. Il virtuoso viene prima e indipendentemente dalla filosofia pratica, ma a sua volta il filosofo pratico deve essere esperto della *praxis*, deve possedere il suo sapere»[21]. È questa, a nostro avviso, una notazione fondamentale, che mostra quanto lontane siano le opere di Aristotele sui temi dell'etica e della politica (potremmo dire, *tout court*, della politica, perché l'*Etica Nicomachea* è, per espressa ammissione di Aristotele, un'opera di filosofia politica[22]) da ogni precettistica che pretenda di insegnare come gli uomini debbano agire sulla base di una conoscenza filosofico-speculativa. E certo abbondano

---

[21] A. Biral, *Sulla filosofia pratica ovvero il rispetto verso Aristotele*, in appendice a F. Battistin (a cura di), *Che cos'è la politica? Dialoghi con Alessandro Biral*, il Prato, Padova 2006, p. 183

[22] Aristotele, *Etica Nicomachea*, I, 1094*b* 1-10 e 1095*a* 2-3. Tradizionalmente, l'*Etica Nicomachea* è considerata una trattazione sul "buon cittadino", mentre la *Politica* è considerata una trattazione sul cosiddetto "regime migliore". In ogni caso, non si esce dalla politica, in quanto è la *polis* l'orizzonte ultimo di riferimento dello Stagirita. Su questo punto svolge interessanti osservazioni H. Arendt, *Some Questions of Moral Philosophy*, Schocken, New York 2003; trad. it. di D. Carizzi *Alcune questioni di filosofia morale*, prefaz. di S. Forti, Einaudi, Torino 2006.

nel dettato aristotelico gli avvertimenti a non considerare l'*Etica Nicomachea* alla stregua di un *manuale* di precetti sul buon vivere. Se bastasse una conoscenza puramente teorica per vivere bene, anche i giovani, che non hanno esperienza della vita, o le persone immature per carattere, e in generale coloro che non sanno governare le loro passioni, potrebbero leggere l'*Etica Nicomachea* e divenire *ipso facto* virtuosi. Scrive Aristotele: «Per questo il giovane non è adatto ad ascoltare l'insegnamento della politica, dato che è inesperto delle azioni di cui si compone la nostra vita, mentre i nostri discorsi partono da premesse di questo tipo e da argomenti simili»[23]. A quale tipo di premesse sta facendo riferimento Aristotele? A delle azioni, anzitutto, non a dei principi, e a quel genere particolare di azioni che sono proprie dell'uomo saggio, il quale si inserisce con successo nelle pratiche della sua *polis*. Noi tutti, figli della modernità politica, affamati di regole, di leggi che ci orientino in un mondo che ci è divenuto sempre più estraneo, potremmo certo considerare stravagante il continuo richiamo di Aristotele all'"uomo saggio". L'uomo saggio, il *phronimos*, compare ovunque nella trattazione aristotelica, persino nella definizione della "virtù": «La virtù [*arete*] è uno stato abituale che produce scelte [*hexis proairetike*], consistente in una medietà [*mesotes*] rispetto a noi, determinato razionalmente, come verrebbe a determinarlo l'uomo saggio [*phronimos*], medietà tra due mali, l'uno secondo l'eccesso e l'altro secondo il difetto»[24]. Il riferimento all'uomo saggio, alle sue pratiche in quanto capaci di inserirsi con successo nel complesso delle pratiche della *polis*, ci mostra come l'indagine dello Stagirita fosse più interessata a dei modelli che possono essere oggetto di imitazione e di apprendimento attraverso l'educazione piuttosto che a delle leggi da seguire. Su ciò, il dettato dell'*Etica Nicomachea* è chiaro: «Acquistiamo le virtù perché le abbiamo esercitate in precedenza […]. Quello che si deve fare quando lo si è appreso, facendolo, lo impariamo: per esempio, costruendo si diviene costruttori e suonando la cetra, citaristi; e allo stesso modo compiendo atti giusti si diventa giusti, temperanti con atti temperanti, coraggiosi con atti coraggiosi. […] Se così non fosse non si avrebbe per nulla bisogno di un maestro, ma tutti si genererebbero buoni o cattivi. […] Non è quindi

---

[23] Aristotele, *Etica Nicomachea*, I, 1095*a* 1-5; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.
[24] Aristotele, *Etica Nicomachea*, II, 1106*b* 36 – 1107*a* 3; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.

una differenza da poco, se fin dalla nascita veniamo abituati in un modo piuttosto che in un altro, è importantissima, anzi, è tutto»[25].

Importa a tale riguardo svolgere qualche considerazione sul metodo della filosofia pratica aristotelica, che non è il metodo fondazionalistico cui siamo abituati noi moderni. La dialettica, come discussione critica delle opinioni ritenute più autorevoli [*endoxa*], *presuppone* che tali opinioni abbiano un seme di verità pratica che si tratta di valorizzare. In tal senso, come opportunamente rileva Carlo Natali, la ricerca del *consenso* è fondamentale nel metodo aristotelico: «A livello di metodo dell'etica è importante il modo in cui Aristotele imposta la discussione sui principi pratici, che non vengono dedotti dalla metafisica, e sono analizzati per via dialettica; la conseguente rivalutazione degli *endoxa* esprime la tendenza, propria di Aristotele, a riconoscere una certa pretesa di verità nelle opinioni diffuse. L'importanza degli *endoxa*, a nostro parere, consiste nell'essere come uno schema indiziario, un segno del vero. Non ci pare che gli *endoxa* possano avere una pretesa indubitabile alla verità. Il procedere di Aristotele, a stretto contatto con gli *endoxa*, ci sembra indicare, però, l'opportunità, nelle discussioni filosofiche, di tenere sempre presente il problema del consenso dei propri ascoltatori, cioè di coloro che, poi, si troveranno a dover agire»[26]. Il consenso, tuttavia, - ci sentiamo di aggiungere – non avviene soltanto tra singoli interlocutori, ma è un consenso originariamente *sociale*: una sorta di *armonia* nelle relazioni sociali è quanto Aristotele si propone di cercare e di preservare. La filosofia, insomma, abita a tutti gli effetti la città – ed in ciò Aristotele si pone a buon diritto sulla scia dell'insegnamento socratico, per come ci viene proposto in molti dialoghi platonici. Potremmo dire che il metodo di Aristotele è un *metodo sperimentale*, che non si propone di andare alla radice ultima dell'agire umano attraverso un procedimento deduttivo o dimostrativo, nel senso di una fondazione ultima e definitiva, ma si propone di porre problemi e cercare soluzioni di volta in volta in armonia con i propri interlocutori e con il contesto della *polis*, l'orizzonte ultimo, per Aristotele, nel quale l'agire umano si dispiega. Ciò

---

[25] Aristotele, *Etica Nicomachea*, II, 1103*a* 30 – 1103b 25; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.

[26] C. Natali, *Etica*, in *Guida ad Aristotele*, a cura di E. Berti, Laterza, Roma-Bari 2000 [1997], pp. 281-2.

significa la *non definitività* di ogni ricerca di Aristotele sui temi dell'etica, della politica e del diritto: l'argomentare di Aristotele è sempre – ci si conceda l'espressione - "peirastico": la posizione del problema, dal quale la ricerca ha origine - per esempio che cosa sia il bene umano -, viene attuata preliminarmente attraverso un'indagine del linguaggio ordinario, senza che i termini siano mai esattamente definiti, e ciò fa sì che il problema, inizialmente posto, divenga sempre più complesso nel corso della ricerca, mano a mano che vengono presi in considerazione punti di vista differenti sull'argomento. Inoltre, per Aristotele (ed in ciò si rende manifesta la critica al suo maestro Platone), il bene si dice in molti modi: l'intera trattazione di Aristotele è tesa a mostrare come il bene sia una realtà complessa, articolata in molte sfaccettature, che non può essere indagata con metodo deduttivo. Ciò che conviene ad un cittadino libero non è la stessa cosa che conviene ad uno schiavo, ciò che conviene ad un uomo non è la stessa cosa che conviene ad una donna, ciò che conviene ad una donna sposata non è la stessa cosa che conviene ad una donna nubile. Non ha alcun senso chiedersi – come farebbe Platone (certo sarebbe più opportuno dire "un certo" Platone) – in che cosa consista la "convenienza in sé", e da ciò dedurre le varie "convenienze" particolari. Occorre, piuttosto, prendere coscienza della realtà nella sua irriducibile complessità e quindi prendere atto che vi è, in questo insieme strutturato e gerarchico di relazioni date nel contesto della *polis*, una razionalità che non può essere disattesa.

Il diritto, per Aristotele, non è altro che "ordinamento concreto", laddove intendiamo per "ordinamento concreto" proprio questo insieme di pratiche e di relazioni strutturate secondo giustizia nel contesto della *polis*. Dobbiamo, tuttavia, fare un'ulteriore, fondamentale, precisazione: l'"ordinamento concreto" è "diritto" in quanto tali pratiche sono considerate da un punto di vista particolare, cioè dal punto di vista della loro esteriorità, della loro effettualità.

Nel V libro dell'*Etica Nicomachea* Aristotele propone di considerare la giustizia secondo due punti di vista differenti. In questo senso, viene distinta una giustizia "generale" o "completa", che corrisponde al corretto ordinamento dell'anima e che comprende tutte le altre virtù nella misura in cui le altre virtù sono rivolte *ad alterum* – e in questo senso parliamo della giustizia in senso *morale* – da una giustizia

"particolare", che prescinde dalla qualità morale del soggetto operante per concentrarsi esclusivamente sull'*atto* di giustizia. A una tale constatazione Aristotele perviene attraverso un'indagine sul linguaggio comune: vi è una differenza fondamentale tra *l'essere dikaios* e il *fare il dikaion*. Tale è la differenza che intercorre tra la morale e il diritto. A tal proposito, è importante rilevare come il diritto abbia una sua specificità e una sua autonomia: il compiere atti giusti ha la sua rilevanza anche indipendentemente dalle *intenzioni* del soggetto che li compie. Io posso compiere il *dikaion*, e cioè azioni giuste, senza essere io stesso *dikaios*. Per esempio, posso restituire un deposito non per spirito di giustizia, senza che la mia intenzione sia retta, ma semplicemente per timore di un'azione legale contro di me. Ciononostante, il mio atto rimane giusto dal punto di vista dell'ordinamento giuridico. Allo stesso modo, io posso compiere atti ingiusti senza essere io stesso ingiusto, per esempio se compio degli atti per errore o sulla scorta di un'altrui minaccia o intimidazione. Non occorre ricordare come il rapporto tra morale e diritto, cioè tra la giustizia come *virtù morale* e la giustizia come *ordine*, sia uno degli argomenti più dibattuti nella storia della filosofia dell'Occidente. Tuttavia, a noi pare opportuno rilevare come un tale rapporto non possa essere declinato nel senso di una completa inscrizione dell'ordine giuridico all'ambito morale: se affermiamo che il diritto è *parte* della morale, dobbiamo considerarlo come una *parte* dotata di una propria autonomia e di una propria specificità. Diritto e morale sono dimensioni dell'agire che certamente si coimplicano, senza tuttavia che ciò significhi un'intrusione nei rispettivi ambiti. Il diritto, infatti, non può considerarsi semplicemente come una morale dimezzata, come una morale cui manchi l'atto morale, giacché l'azione umana, se, considerata nella sua esteriorità, affrancandosi dall'agente, prescinde dal suo valore soggettivo, acquista tuttavia valore obiettivo, riconosciuto e riconoscibile da tutti come aderente a quelle pratiche che tengono in vita un concreto ordinamento.

A questo punto del nostro discorso, occorre rimarcare come, nel pensiero dello Stagirita, l'esteriorità dell'azione umana abbia un proprio valore autonomo e costituisca il *dikaion*, che noi potremmo rendere altrettanto bene sia con "giusto" che con "diritto". Diritto, insomma, è un concreto ordinamento delle pratiche considerate nella loro obiettività. Basterebbe questa considerazione per fugare gran parte delle critiche di

Kelsen al diritto naturale, in quanto si rende manifesto, da quanto qui considerato intorno alla concezione aristotelica del diritto - pur non avendo neppure nominato il "diritto naturale", di cui diremo a seguire, - che per Aristotele, a differenza di Kelsen, "diritto" non significa affatto "legge", e che gran parte delle caratteristiche che Kelsen attribuisce alla legge (l'obiettività, la coazione) possiamo riferirle a quanto Aristotele chiama "diritto". L'obiettività del diritto, che Kelsen fa derivare dall'obiettività della norma, in realtà è un presupposto di quest'ultima; così come la coazione, che Kelsen, identificando diritto e legge, confonde con uno strumento particolare di coazione che è la sanzione normativa, presuppone un concreto ordinamento, un'organizzazione delle pratiche, che renda le norme coattive. Non è la coazione che implica la legge, ma l'inverso: è la legge che presuppone la coazione, cioè un sistema di pratiche che rendano la legge obiettiva e coattiva.

Il *dikaion* per Aristotele è *dikaion politikon*, in quanto si realizza nell'ambito di quell'ordinamento concreto che abbiamo visto essere la *polis*[27]. Qual è l'oggetto del diritto? Aristotele ci risponde in prima battuta che l'oggetto della giustizia è un'equa distribuzione dei beni e delle cariche all'interno della comunità e, in seconda battuta, è la correzione degli squilibri. Scrive lo Stagirita: «Una specie della giustizia particolare,

[27] Ora, non bisogna nascondere che esiste una certa disputa tra gli studiosi se si possa chiamare "diritto" anche quello che avviene nell'ambito domestico. È pur vero che Aristotele parla di un *dikaion patrikon* e di un *dikaion oekonomikon*, ma alcuni Autori hanno rilevato come questo significato del termine *dikaion* è usato in un senso diverso rispetto a quello nel quale compare nell'espressione *dikaion politikon*. Nella sfera della casa potremmo parlare di "diritto" soltanto in senso metaforico. Infatti, caratteristica *essenziale* del *dikaion politikon* sarebbe per alcuni Autori la diseguaglianza tra cittadini, dimodoché si possa esercitare la giustizia distributiva nel significato aristotelico, mentre tra padre e figlio (rapporto di paternità), così come tra padrone e schiavo (rapporto di servitù), non si darebbero veri e propri interessi separati, in quanto il figlio è in certo senso parte del padre, così come lo schiavo è proprietà del padrone. G. Gurvitch, sulla scia della dottrina dell'istituzione di M. Hauriou e di G. Renard, vede al contrario veri e propri istituti giuridici anche nell'ambito delle relazioni economiche (nel senso aristotelico del termine) ed estende il medesimo significato del termine *dikaion* anche a quell'ambito. Su ciò, cfr. G. Gurvitch, *Sociology of Law*, Routledge & Kegan Paul, London 1953; trad. it. di S. Cotta *Sociologia del diritto*, Comunità, Milano 1957, pp. 257 e segg. Di parere contrario è M. Villey, il quale vede peraltro anticipata in Aristotele la distinzione, elaborata dalla sociologia tedesca a cavallo tra il XIX e il XX secolo, tra *Gesellschaft* e *Gemeinschaft*. Cfr. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchrestien, Paris 1975; trad. it. di E. D'Ettore e F. D'Agostino *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1985, pp. 40 e segg. Ai fini della nostra ricerca, tuttavia, ci permettiamo di non prendere posizione su tale questione, non perché non ne avvertiamo l'importanza, ma perché ci è sufficiente mostrare come il *dikaion politikon* sia a tutti gli effetti un ordinamento giuridico, lasciando in sospeso la questione se lo possano essere anche la famiglia e altre organizzazioni minori.

e del giusto secondo questa [cioè del *dikaion*, del diritto], è quella che consiste nella ripartizione di onori, beni e ricchezze e di qualsiasi altra cosa che possa essere divisa tra i membri della comunità politica […]; un'altra è quella che stabilisce la correttezza [*dikaion diorthotikon*] nelle relazioni sociali [*en tois synallagmasi*: potremmo anche tradurre "negli scambi"]»[28]. Lo scopo che il filosofo si prefigge è quello di ottenere o di preservare una certa armonia sociale; è per tale ragione che la giustizia è detta una forma di uguaglianza [*isotes*], il diritto è un *ison*: occorre quindi comprendere secondo quale tipo di proporzionalità si verifichi quest'uguaglianza – e tale proporzionalità sarà differente a seconda che noi consideriamo la prima specie della giustizia particolare, quella che la tradizione chiama "giustizia distributiva", o la seconda specie di giustizia particolare, quella che viene da Aristotele stesso detta "giustizia correttiva". Siccome il giusto è l'uguale [*ison*], e l'uguale è un intermedio [*meson*], il giusto viene ad essere «un certo tipo di intermedio [*to dikaion meson ti*]»[29] . Occorre quindi stabilire come viene calcolato questo tipo di intermedio in cui consiste la giustizia. La prima forma di proporzionalità viene detta da Aristotele "proporzione discontinua" o "proporzione geometrica" [*gheometrike analoghia*[30]], la seconda viene invece detta "proporzione aritmetica [*arithmetike analoghia*[31]]. La giustizia, in altri termini, è sempre un *unicuique suum tribuere*, ma cambia il modo in cui viene determinato il *suum* di ciascuno a seconda che noi consideriamo la giustizia distributiva, che applica la proporzione geometrica, o la giustizia correttiva, che applica la proporzione aritmetica. La proporzione geometrica presuppone la diseguaglianza strutturale dei cittadini (non dobbiamo dimenticare che la *polis* è una realtà *gerarchicamente* organizzata) per distribuire loro beni diversi: in ciò consiste la giustizia distributiva, in una equa distribuzioni di beni (non solo beni monetizzabili, ma anche onori, cariche pubbliche etc.), all'interno della *polis*, nel rispetto delle differenze sociali *naturali* tra i cittadini, per cui a chi è *per natura* migliore verrà dato di più rispetto a chi è *per natura* peggiore. La proporzione aritmetica, invece, interviene nell'ambito della "giusto correttivo":

---

28 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1130b 30 – 1131a 9; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.
29 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1131a 10-15.
30 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1131b 12.
31 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1132a 1-2.

diorthotikon è stato reso con *correctif* (Gauthier-Jolif, Tricot) o con *rectificatory* (Ross, Irwin, Broadie, Rowe). Aristotele aggiunge poi che, nell'ambito di tale giustizia correttiva, dobbiamo ulteriormente distinguere tra una giustizia correttiva propriamente detta, che riguarda le relazioni realizzatesi contro la volontà di una delle parti, ed una giustizia commutativa, che si realizza nelle relazioni volontarie (per esempio, nella disciplina dei contratti). In ogni caso, la proporzione con cui vengono assegnati i beni nell'ambito di tale forma di giustizia è una proporzione aritmetica, per la quale, se dal mio patrimonio escono dieci mine (-10), il giudice mi deve riassegnare la stessa quantità sottratta (+10). Ciò vale sia nelle relazioni volontarie, sia nelle relazioni involontarie (cioè attuate contro la volontà di una delle parti). Ciò che a questo punto è importante, a nostro avviso, rimarcare, è che, tanto la giustizia correttiva strettamente intesa, quanto la giustizia che presiede agli scambi volontari (commutativa) *presuppongono* la giustizia distributiva e, pertanto, potremmo dire che il significato primo e fondamentale della giustizia in Aristotele sia quello della giustizia distributiva. Nessun negozio privato, insomma, può contraddire a un'equa distribuzione dei beni attuata nell'ambito della *polis*. Un atto privatistico come una donazione, per esempio, pur essendo perfettamente volontario, potrebbe turbare gli equilibri della equa distribuzione di beni tra i cittadini. D'altro canto, crediamo di interpretare il dettato aristotelico nel senso che il giudice non può essere ridotto ad un mero contabile, che pareggi le perdite e i guadagni, ma deve invece essere considerato egli stesso come un *funzionario* della *polis*, cioè qualcuno che, per decidere sulle liti tra privati, abbia in vista il bene complessivo della *polis* ed una armoniosa distribuzione di beni al suo interno. Vogliamo dire che la lite non è mai soltanto tra due parti, ma vi è nel mezzo l'interesse della *polis* a vedere preservata la sua giustizia.

Vediamo qui che il significato principale della giustizia in Aristotele consiste nell'attribuzione della *giusta parte* a ciascuno – e questa è una realtà *oggettiva*, che non è tema di una contrattazione e prescinde pure dalla volontà di chi riceve, che potrebbe essere persino incapace di agire. In tal senso, parliamo di un ordinamento concreto come di una realtà obiettiva, nella quale la giustizia non è la funzione di una qualche pretesa individuale, ma è – come direbbe Tommaso – la *ipsa res justa*. Alcuni interpreti,

che hanno visto in questa bipartizione della giustizia in distributiva e corretiva la bipartizione *ante litteram* tra diritto pubblico e diritto privato, si sono pure resi conto che, in Aristotele, non c'è alcun dubbio che il diritto privato poggi sul diritto pubblico quanto alla sua validità: quando il giudice è chiamato a ricomporre una lite, è nel contempo chiamato a preservare l'obiettività dell'intero ordinamento giuridico[32].

Svolte queste considerazioni preliminari sul diritto come concreto ordinamento di pratiche, sarà opportuno affrontare il tema del diritto naturale. Aristotele, infatti, distingue due dimensioni all'interno del *dikaion politikon*: il *dikaion physikon* e il *dikaion nomikon*. Scrive lo Stagirita: «Il giusto relativo alla sfera politica si divide in naturale e legale»[33].Sono qui fondamentali due considerazioni che derivano in larga misura da quanto fin qui proposto: 1) il diritto naturale non è una legge o un insieme di leggi e 2) il diritto naturale e il diritto positivo (che forse sarebbe più opportuno tradurre, come Carlo Natali fa, con "legale", *nomikon*) non sono due realtà fra loro separate, bensì due *dimensioni* di un concreto ordinamento. Diritto naturale e diritto legale sono, insomma, due punti di vista differenti da cui guardare all'ordinamento giuridico, che è – come più volte abbiamo rimarcato – non un insieme di leggi, ma una concreta e obiettiva organizzazione di pratiche. Diritto naturale e diritto positivo dicono il tutto dell'ordinamento concreto, ma lo dicono da due punti di vista differenti. Il primo, infatti, considera l'ordinamento dal punto di vista di quelle pratiche che, strutturate stabilmente in istituti giuridici, sono ritenute irrinunciabili per la vita di quell'organismo di diritto che è la *polis*; l'altro, il *dikaion nomikon*, il "giusto legale", non è, nemmeno esso, un insieme di leggi, ma una dimensione dell'ordinamento vista nella prospettiva di coloro (o delle pratiche di coloro) che hanno la competenza[34] di fare, applicare, eseguire

---

[32] G. Capograssi ha svolto in questo senso delle importanti osservazioni sul processo come luogo in cui avviene l'obiettivazione delle pretese individuali delle parti coinvolte in una lite nel complesso dell'ordinamento giuridico. La lite, in altri termini, è sempre anche controversia, in quanto coinvolge l'intero ordinamento. Su ciò, cfr. G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 131 e segg.; G. Capograssi, *Giudizio processo scienza verità*, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 40 e segg. Sul tema del processo, sulla scia di Capograssi si muove anche E. Opocher, suo allievo all'Università di Padova. Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1993.

[33] Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1134b 18-19; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.

[34] "Competenza" è la parola chiave, tanto cara al pensiero di Carl Schmitt. Se, infatti, noi considerassimo il "giusto legale" come un insieme di leggi, rimarrebbe il problema della competenza

le leggi, le sentenze, i provvedimenti. Da un tale punto di vista, le leggi, le sentenze e i provvedimenti, che appartengono al "giusto legale" ma che non si esauriscono in quello, non sono che *funzioni* nelle mani dell'ordinamento, attuati da coloro che hanno il compito di farlo. Quando affermiamo che il diritto naturale si struttura in istituti giuridici dotati di una loro stabilità, implicitamente affermiamo che tali istituti *precedono* la loro formalizzazione in termini normativi. Gli antropologi ci insegnano che le società primitive ponevano in essere istituti giuridici a tutti gli effetti, aventi contenuto religioso, liturgico o tratti semplicemente dal costume, dotati di potere coercitivo, senza che vi fosse una loro formalizzazione legislativa. Sarebbe «un'inesattezza gravissima» – come sostiene Santi Romano – ritenere che nelle società cosiddette primitive non vi fosse diritto: nella misura in cui vi era una qualche organizzazione stabile delle pratiche sociali, vi era diritto a tutti gli effetti[35]. D'altro canto, potremmo osservare che l'uomo comune, fin dalla nascita, incontra, esperisce gli istituti giuridici di cui si compone la propria vita ben prima che abbia consapevolezza della loro formalizzazione in una qualche norma del Codice, e ne ha esperienza nel senso che si inserisce all'interno di pratiche consolidate che strutturano la sua vita.

Quando parliamo di "stabilità" del diritto, non vogliamo affatto confonderla con la "definitività". Se, da un lato, non vi può essere diritto senza una certa omogeneità sostanziale che consenta la prevedibilità dei comportamenti umani (il caos, ancor prima dell'anarchia, è il vero nemico del diritto, come Carl Schmitt insegna), dall'altro sarebbe un grave errore pensare che vi sia qualcosa di "definitivo", ovvero di non ulteriormente rivedibile, nel diritto, sia pure nel diritto naturale. Per capire meglio che cosa ciò significhi in Aristotele, occorre prendere in esame, oltre alle considerazioni metodologiche svolte precedentemente, anche la sua idea di "natura".

Non c'è nulla di immutabile nel concetto aristotelico di "natura": per nulla idealista, ma realista fino in fondo, il suo è un *metodo sperimentale*. Come un botanico o un etologo, egli esamina la natura dell'uomo dai comportamenti umani, dalle loro pratiche. Certo è un metodo sperimentale assai diverso rispetto a quello praticato dai

---

di coloro che sono chiamati ad applicare quelle leggi. Il "giusto legale" è invece anch'esso un insieme di pratiche svolte da coloro che hanno il compito di fare e di applicare leggi, sentenze, provvedimenti.

35 S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945 [1918], p. 38.

moderni, che vedono nella realtà, ridotta cartesianamente a *res extensa,* solo cause efficienti o materiali. Per Aristotele, l'osservazione dei comportamenti umani significa discernimento dei fini e dei valori. Si danno uomini riusciti e uomini mal riusciti, si danne pratiche buone, che realizzano l'umano, e pratiche cattive, che lo deturpano. Tuttavia, proprio in ragione di tale metodo basato sull'osservazione dell'esperienza umana, Aristotele non arriva mai a conclusioni definitive sulla natura umana. Poiché noi non conosciamo il fine dell'uomo se non quando è in atto, c'è una ricchezza potenziale nella natura umana e nel suo dispiegamento pratico-politico che nessuna indagine potrà mai cogliere nella sua interezza. La natura umana è mutevole, non perché cambi l'essenza dell'uomo, ma perché tale essenza non può mai essere compiutamente oggetto di un'indagine definitiva, non può mai essere interamente penetrata da un metodo che vuol essere sperimentale fino in fondo, e quindi limitarsi al dato. Certo, la datità per Aristotele è originariamente valoriale, implica un discernimento di fini e valori, ma nessuna pretesa scientifica può mai saturarla completamente. Inoltre, la natura umana è soggetta al mutamento in quanto mutano le circostanze esteriori nelle quali essa opera. Scrive lo Stagirita: «Alcuni ritengono che tutto il giusto politico sia legale, perché constatano che ciò che è naturale è immutabile e ha ovunque lo stesso potere, proprio come il fuoco, che brucia sia qui che in Persia, mentre vedono che ciò che è giusto muta. Le cose non sono così, eppure in un certo senso lo sono: sebbene presso gli dei ciò non avviene, *presso di noi ci sono cose che, pur avendo la caratteristica di essere per natura, ciononostante sono del tutto mutevoli*»[36]. Da ciò si inferisce che il diritto naturale non può essere rinserrato in un manuale di precetti. Abbiamo più volte rimarcato, inoltre, che il diritto naturale è altra cosa dalla legge. Vi sono forse, in Aristotele, delle "leggi naturali" giuridiche? Non ci sentiamo di dare una risposta negativa, perché non è in linea di principio da escludere che, in certi contesti, le leggi naturali possano assumere valore giuridico. Vi sono dei passi della *Retorica* in cui Aristotele esorta gli avvocati a fare appello, quando la legge scritta non è favorevole alla loro causa, alle leggi non scritte, tra le quali figura anche la "legge naturale" [*nomos*

[36] Aristotele, *Etica nicomachea*, V, 1134b 25-30; trad. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999 (corsivo nostro).

koinos e *nomos kata physin*][37]. Anzitutto, occorre rilevare che, nel linguaggio ordinario, il termine "legge" ha un impiego molto ampio: per esempio, quando parliamo delle "leggi dell'amore" certo non ci riferiamo a norme giuridiche. Allo stesso modo, quando commentiamo una legge o una sentenza e sosteniamo, per esempio, che avrebbe dovuto essere diversa da quella che è, non stiamo a nostra volta emanando una legge o pronunciando una sentenza. Gli stessi *nomoi agraphoi* dell'*Antigone* di Sofocle possono dirsi "leggi", rispetto a quelle positive, solo in senso analogico. Ma soprattutto bisogna, a nostro avviso, considerare attentamente il contesto nel quale tali raccomandazioni hanno luogo. Innanzitutto, gli avvocati sono dei professionisti del diritto e hanno lo scopo di influire con le loro argomentazioni sulle sentenze dei giudici. Il senso dell'impiego del termine "legge" emerge proprio in ragione di tale contesto. Aristotele, insomma, non ci sta dicendo che esistono delle leggi aventi validità giuridica, separate da quelle positive, per cui potrebbe porsi un contrasto tra le une e le altre, col risultato di non saper più a quali delle due specie obbedire, ma sta invitando gli avvocati (e potremmo allargare l'invito agli stessi giudici, in quanto *juris-prudentes*) ad interpretare le leggi positive alla luce della concreta esperienza giuridica in cui *si fa* il diritto.

[37] Aristotele, *Retorica*, I, 1373b.

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO IN TOMMASO D'AQUINO COME PENSIERO DELL'ORDINAMENTO CONCRETO

Premessa: tre accezioni del termine "diritto"

"Diritto" può avere tre significati: *legge*, *facoltà*, *cosa giusta*. Ora, chiunque, consapevolmente o inconsapevolmente, impiega normalmente il termine "diritto" in una di queste tre accezioni. Molteplici possono essere gli esempi tratti dal linguaggio ordinario: un commentario ad un Codice di leggi penali viene spesso chiamato commentario al diritto penale, magari con l'indicazione dell'ultima legge promulgata dallo Stato alla quale il volume è aggiornato; quando ci riferiamo ad una azione giusta, ad un atto da compiere, spesso adoperiamo il termine "diritto"; così come, impiegando tale termine quando vogliamo avanzare una qualche pretesa, dicendo, per esempio, che "abbiamo il diritto a questo o a quello", noi utilizziamo il termine "diritto" nella sua accezione di *facoltà*.

Nel passaggio dal linguaggio ordinario al linguaggio specialistico dei giuristi, le cose non cambiano di molto. Nel concetto di " diritto" troveremo sempre presenti queste attribuzioni e chiunque voglia parlare di "diritto" in modo scientifico le dovrà necessariamente tenere presenti. Così capita che il giudice nella medesima sentenza parli, a seconda delle circostanze, di un diritto soggettivo di qualcuno, del diritto come della legge o delle leggi che vengono considerate nella decisione, e dell'azione o del comportamento che, di diritto, avrebbe dovuto essere stato tenuto da qualcuno nei confronti di qualcun altro. Chiunque, insomma, maneggi il concetto di diritto, lo fa tenendo necessariamente insieme questi tre elementi.

Il passaggio ulteriore – e quello per noi decisivo – riguarda i filosofi del diritto. La questione, in tal caso, sta tutta nel comprendere quale di questi tre significati sia l'*autentico* significato del diritto, dimodoché gli altri due possano essere in qualche

modo ricondotti al significato primario e fondamentale del concetto di diritto. Si tratta, insomma, di comprendere a quale di questi tre significati spetti la primazia sugli altri perché ricopre in qualche modo un ruolo fondativo rispetto agli altri. Le scuole di pensiero su questo punto sono assai divise: c'è chi vede l'essenza del diritto nella *legge* – ed allora avremo il *normativismo*, con le sue varie coloriture di positivismo, formalismo, etc. -, c'è chi la vede nella *facoltà* – ed allora avremo il *soggettivismo*, proprio di tanta parte del pensiero giuridico moderno, che pone nel diritto soggettivo la radice di ogni altra manifestazione del diritto –, c'è chi invece ritiene che il modo primo e fondamentale di dire "diritto" risieda nella *cosa giusta* – ed allora avremo il *realismo* giuridico, che noi abbiamo anche chiamato, con espressione mutuata da Carl Schmitt, «pensiero dell'ordinamento concreto».

Non è neppure indifferente, per un filosofo del diritto, comprendere il *modo*, cioè il metodo logico mediante il quale i due significati, per così dire, secondari del diritto vengano ricondotti al loro significato principale. Una possibile via è quella del *riduzionismo* - praticato, ad esempio, da Hobbes - attraverso il quale il diritto soggettivo è "ridotto" alla legge: gli enunciati della legge sono più precisi degli enunciati che esprimono meri diritti soggettivi, che sono indeterminati: tanto che sono i primi a rivelare la verità dei secondi – non l'inverso. Inoltre, come vedremo nel capitolo riguardante il pensiero del filosofo di Malmesbury, la riduzione dei diritti soggettivi alla legge avviene non solo quanto al loro contenuto, ma anche quanto alla loro validità formale, dal momento che essi (i diritti soggettivi) non sono in grado di garantirla indipendentemente dalla legge. Giova inoltre rilevare come la *cosa giusta*, in un simile approccio riduzionistico, perda ogni specificità e venga ridotta a pura materialità, come mera condizione materiale per l'applicazione di un diritto o come condizione, puramente fattuale, sulla quale interviene la legge – ed in tal senso la cosa è ridotta a fattispecie normativa. Può sembrare che in tale contesto venga meno la cosa, mentre in realtà assistiamo ad un duplice processo di riduzione, del diritto soggettivo a legge, e della cosa a fattispecie normativa, onde la cosa non è più la *cosa giusta* se non per la mediazione della legge.

Un'altra possibile via per ottenere la primazia di un significato del diritto sugli

altri è il metodo analogico di attribuzione. L'analogia di attribuzione consente di attribuire uno stesso termine a cose differenti in virtù del rapporto che queste hanno con un'altra cosa. In questo senso il primo analogato (o analogato principale) funziona da *ratio analogiae* rispetto agli altri termini, detti analogati secondari. L'analogia ha il vantaggio di garantire compiutamente l'alterità dei termini e quindi la loro piena relazione, che nel metodo riduzionistico è fortemente compromessa, e, con ciò, di salvaguardare la specificità di ogni realtà. In Tommaso d'Aquino, come vedremo più diffusamente nel prosieguo, viene applicato il metodo dell'analogia di attribuzione, secondo il quale il concetto di diritto è un concetto analogo[38] – ammesso che si possa propriamente parlare di un "concetto" analogo -, laddove il primo analogato è la *res justa* – che costituisce il significato principale del diritto – e gli analogati secondari sono la *legge* e la *facoltà*, a misura della loro partecipazione analogica con la *res justa*.

Il concetto di diritto in san Tommaso d'Aquino

Abbiamo già anticipato la tesi che vogliamo sostenere, cioè che "diritto" sia predicato da san Tommaso primariamente della *res justa* e solo secondariamente, per partecipazione analogica, della legge e della facoltà. Questa tesi, a nostro avviso, è quella che maggiormente rispetta il dettato dell'Aquinate. Prima di andare oltre, tuttavia, ci pare opportuno qualche breve inciso sul pensiero e sull'opera dell'Angelico.

Anzitutto, è importante rilevare che, nel bilancio della sua opera più matura, la *Summa theologiae*, viene riservata soltanto una questione di quattro articoli al tema del diritto, la *Quaestio* 57 della *Secunda Secundae*, a margine di un'ampia trattazione sulle virtù e, in particolare, sulla virtù della giustizia, che, tradizionalmente, a partire da Aristotele, svolge un ruolo architettonico rispetto alle altre virtù. Questo ci dovrebbe indurre a pensare che l'intento di Tommaso non fosse primariamente filosofico-

[38] Sull'analogia del diritto, rimandiamo al classico volume di L. Lachance, *Le concept de droit selon Aristote e S. Thomas*, Sirey, Paris 1933, in particolare le pp. 19-49. A Lachance si è ispirato anche G. Renard, *De l'institution à la conception analogique du droit*, in *«Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique»*, V (1935), pp. 82-145; trad. it. di D. Lovat e F. Todescan *Dall'istituzione alla concezione analogica del diritto*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 131-206. Si può vedere anche G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Sirey, Paris 1939; ed. it. *La filosofia dell'istituzione*, a cura di M.L. Tarantino, Gangemi, Roma 2004, pp. 73-106.

giuridico, bensì filosofico-morale e teologico. Naturalmente, ciò non toglie che alla luce di quell'unica questione sul diritto si possano leggere molte altre pagine di Tommaso, tra le quali, oltre a quelle immediatamente riguardanti la giustizia, anche quelle riguardanti la legge.

A tal proposito, un altro rilievo si rende necessario. Com'è noto, Tommaso dedica alla legge ampio spazio nella *Summa*, uno spazio molto più ampio di quello dedicato al diritto. Le numerose questioni della *Summa* che seguono la questione 90 della *Prima Secundae*, alle quali è dedicato il tema della legge, potrebbero indurci in quello che a nostro avviso sarebbe un grave fraintendimento, cioè quello di leggere il diritto alla luce della legge. Anzitutto, come meglio avremo modo di mostrare successivamente, il concetto di "legge" in Tommaso è amplissimo: abbraccia non solo la terra, ma anche il Cielo in una rete di relazioni cosmiche. Pertanto, sarebbe assai fuorviante leggere il trattato *De Lege* come leggiamo gli articoli di un Codice.

In secondo luogo, non possiamo non prendere in considerazione le parole di Tommaso, che, sul punto, sono di una limpidezza cristallina*: «*Lex non est ius, sed aliqualis ratio iuris»[39]. L'idea di un'opera d'arte è *aliqua ratio* dell'opera d'arte, ma non è l'opera d'arte stessa[40]. La *ratio* che lega lo *ius* alla *lex* è una *ratio* di tipo analogico, come abbiamo visto sopra. Non vi è dubbio che quando Tommaso pensa alla legge giuridica, cioè a quella legge che è predicata analogicamente avendo lo *ius* come analogato principale, pensi all'astratto di cui lo *ius* è il concreto. Tali considerazioni torneranno opportune più avanti, quando prenderemo in esame le caratteristiche della legge "giuridica", o meglio i requisiti per i quali una legge possa dirsi giuridica e avere valore giuridico. Per il momento, ci basti tenere a mente questa sentenza tommasiana per affermare con chiarezza che diritto e legge non si equivalgono affatto e che, pertanto, non potremmo rispondere alla domanda *Quid est ius?* come se essa fosse equivalente alla domanda *Quid est lex?*. Al contrario, sarà opportuno compiere il cammino inverso, cioè il cammino che parte dallo *ius* per arrivare alla *lex*, qualora vogliamo cogliere la *lex* nel suo determinato significato giuridico (come anzidetto, per

[39] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1, ad 2um.

[40] L'esempio è di Giuseppe Graneris. Cfr. G. Graneris, *L'amoralità del diritto di fronte alla dottrina di S. Tomaso*, in *«Rivista di filosofia neoscolastica»*, XXXII (1940), p. 138.

Tommaso vi sono leggi ovunque, in Cielo e in terra, ma soltanto poche hanno qualità e rilievo giuridici). Ecco che il percorso che ci proponiamo di fare in questo capitolo è un percorso inverso a quello di molti commentatori di san Tommaso: non partiamo dalla legge (umana o naturale che sia) per arrivare al diritto, ma partiamo dal diritto, e dalla definizione che ci viene offerta nella questione 57 della *Secunda secundae*, per poi rinvenire i caratteri della giuridicità della legge (umana o naturale che sia) nelle questioni della *Prima secundae* dedicate alla legge.

Qual è dunque la definizione del "diritto" fornitaci da san Tommaso? Il diritto è «ipsa res iusta»[41]. Il diritto non è pertanto né la legge, né la facoltà, ma la *cosa*. Come l'Angelico non ha costruito la propria metafisica né sul pensiero, né sulla volontà, ma sull'ente, così non dovrebbe stupire che egli voglia edificare il diritto sulla cosa. Occorre tuttavia precisare che la *cosa*, nella mente di san Tommaso, è tutto fuorché la cosa "bruta", considerata nella sua grossolana materialità. La cosa – dice Tommaso – è l' «obiectum iustitiae» e, in quanto tale, reca con sé tutte le perfezioni della virtù della giustizia: è una *res alteri debita*, una cosa *adaequata*, che manifesta *aequalitatem quandam* e dice una certa *proportio ad alterum*. Tutte le perfezioni *eccetto una*: la perfezione del soggetto agente – ed è per tale ragione che il diritto non può essere la giustizia *tout court*, ma soltanto l'*oggetto* della giustizia.

La giustizia in quanto virtù *simpliciter* è identica a tutte le altre virtù: «Virtus humana est quae bonum reddit actum humanum, et ipsum hominem bonum facit»[42]. Tuttavia, vi è una differenza fondamentale rispetto alle tre virtù sorelle: mentre la temperanza, per esempio, non può rendere buono l'*opus* o l'*actum* senza fare perciò stesso *bonum hominem*, la giustizia consente lo sdoppiamento della perfezione dell'atto e del soggetto che lo compie, in quanto la giustizia, a differenza delle altre virtù, è *essenzialmente* rivolta *ad alterum*. Pertanto, nel caso della giustizia, possiamo considerare che la perfezione dell'atto, in quanto tale atto è *essenzialmente* rivolto ad altri, possa essere disgiunta dalla perfezione del soggetto agente. Scrive Tommaso: «Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur

[41] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1, ad 1um.
[42] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 3, resp.

actio iustitiae, etiam non considerato qualiter [cioè con quali disposizioni d'animo] ab agente fiat. Sed in aliis virtutis non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliqualiter fit ab agente»[43]. In altre parole, l'*actio iusta*, l'*opus iustum*, l'*actum iustum*, in quanto sono distinti dalla perfezione morale del soggetto che li compie (che può esserci come non esserci) costituiscono un ordinamento concreto di pratiche giuste che ha valore oggettivo. Tale ordinamento non è altro che il diritto. L'atto, l'opera o l'azione, in quanto distinti dal soggetto che li compie, decadono al rango delle *res*, degli *obiecta*: se da un lato ciò può costituire un'onta per la giustizia, che si vede privata della possibilità del suo pieno dispiegamento, dall'altro lato l'*oggettività* degli *atti* di giustizia, che, in quanto *essenzialmente* alterali, vanno a costituire un concreto ordinamento di rapporti umani, è la più grande garanzia che, almeno *in hoc statu viae*, possiamo avere di una stabile ed equa regolazione dei rapporti sociali. Tale garanzia è il diritto.

Abbiamo già rilevato che l'atto di giustizia, la *res justa*, non può essere tuttavia considerata come una cosa "bruta", in quanto essa manifesta la perfezione dell'ordine e, quindi, la perfezione dei rapporti intersoggettivi, sia pure considerati dal punto di vista della loro mera esteriorità. In tal senso, possiamo certamente parlare di obiettività del diritto, avendo però cura di intenderlo *ad mentem S. Thomae*, in quanto spesso, nel linguaggio giuridico odierno, ereditato in larga misura dalla modernità, per "diritto obiettivo" si intende semplicemente la legge o l'insieme delle leggi.

Obiettività del diritto dice necessariamente alterità: non c'è diritto se non *ad alterum*; affinché vi sia diritto occorre che vi sia rapporto tra persone *diverse*. Per tale ragione, san Tommaso esclude che vi sia diritto, *proprie loquendo*, nell'ambito domestico. Infatti l'Aquinate si richiama all'autorità di Aristotele per sostenere che il figlio non è qualcosa d'altro rispetto al padre *(Etica nicomachea*, libro VIII*),* così come lo schiavo non è qualcosa d'altro rispetto al padrone *(Politica*, libro I) perché ne è uno strumento. Sembra invece che la moglie, pur essendo qualcosa del marito, abbia una maggiore autonomia, altrimenti non sarebbe concepibile neppure il matrimonio come rapporto consensuale. In ogni caso, Tommaso non considera le relazioni paterne, coniugali e padronali come diritto in senso stretto, ma soltanto come «un certo diritto»

[43] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1, resp.

(«Non est ibi simpliciter iustum, sed quoddam iustum»[44]). Resta inteso che ciò vale soltanto per quanto riguarda le relazioni interne al nucleo domestico, mentre i rapporti della *domus* (intesa, com'è noto, in modo molto più ampio rispetto alla nostra "famiglia") con la comunità sono regolati dal diritto politico («iustum politicum»), che è diritto a tutti gli effetti.

Il realismo giuridico di Tommaso d'Aquino di contro al soggettivismo

Abbiamo già anticipato questa categoria nella quale possiamo inserire il pensiero filosofico-giuridico di Tommaso: il realismo. Ora speriamo possa risultare più chiara alla luce delle considerazioni fin qui svolte: il diritto si presenta agli occhi dell'Aquinate come un ordinamento di pratiche e di rapporti avente natura obiettiva. Il diritto, insomma, è una *res*, una realtà obiettiva, non una facoltà del soggetto, né una legge. Non si può quindi propriamente parlare di diritto se manca la *res iusta*, rispetto alla quale si pongono tanto la legge quanto la facoltà.

Un passo della *Contra Gentes* può esserci d'aiuto nel mostrare come l'atto con cui qualcuno fa propria una cosa (per esempio tramite il lavoro) non può essere già diritto, appunto perché manca la cosa. Siamo ancora nell'ambito dell'economia, non del diritto. Scrive Tommaso: «L'atto di giustizia, consistendo nel rendere a ciascuno il suo, è sempre preceduto da una funzione con la quale un essere rende propria una cosa, com'è evidente nella vita umana: uno infatti lavorando merita che gli sia reso il compenso con un atto di giustizia. Perciò l'atto col quale inizialmente si rende propria una cosa non può essere già un atto di giustizia»[45]. L'interpretazione di questo passo ci sembra portare nella direzione di negare alla *facoltà* l'originaria capacità giuridica: la facoltà segue la cosa, non la precede, quindi non può essere disgiunta da essa perché si abbia diritto. In altri termini: non è perché ho la *pura* facoltà di appropriarmi di qualcosa che ho il diritto alla cosa, ma, poiché ho il diritto (la cosa giusta), ne ho la facoltà. La *pura* facoltà di appropriazione, disgiunta dalle cose di cui ci si è appropriati, non entra nel tempio del diritto, ma appartiene semplicemente all'economia. Scrive san Tommaso:

[44] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 4, resp.
[45] Tommaso d'Aquino, *Summa contra Gentes*, libro II, capp. XXVIII-XXIX, § 2; trad. it. *Somma contro i Gentili*, UTET, Torino 1997 [1975].

«Iustitia non consistit circa exteriores res quantum ad facere, quod pertinet ad artem, sed quantum ad hoc quod utitur eis ad alterum»[46]. La facoltà che noi abbiamo di usare di qualcosa è sempre mediata dalla cosa, in quanto essa non è – come abbiamo più volte rimarcato – una cosa bruta, bensì una cosa che manifesta, che rivela una certa *proportio ad alterum*: si può dire di avere dato *unicuique suum* quando tale proporzione è rispettata. Su questo punto, la distanza tra il pensiero di san Tommaso e il moderno soggettivismo dei diritti è massima: non è perché ho la facoltà (sia pure lecita) di beneficiare di qualcosa che il qualcosa è giusto, ma, poiché il qualcosa è giusto (la *res iusta*), ho la facoltà di beneficiarne.

Per Tommaso, insomma, non vi è una *facoltà* che aderisca, per dir così, immediatamente alle cose, quasi fossero materia esteriore sopra la quale venga applicato un diritto già definito e concluso altrove. La facoltà, nel pensiero dell'Aquinate, non è altro che l'espressione dell'uguaglianza e della proporzione che la cosa manifesta, vista dal punto di vista del beneficiario e non del debitore. L'uguaglianza e la proporzione rivelate dalla cosa sono tali in riferimento al bene comune (cui certo partecipano gli individui, ma in quanto *parti*), non in riferimento all'individuo. D'altro canto, il debito non è semplicemente il correlato oggettivo di una pretesa soggettiva, ma è la cosa stessa, considerata nella sua massima concretezza, tale in quanto dovuta, e dovuta in quanto *alteri adaequata*[47].

Giustizia generale e giustizia particolare

Nel concetto tommasiano di "diritto", abbiamo posto in rilievo l'elemento essenziale, che è costituito dal fatto di essere un ordinamento di rapporti umani solo *esteriore*, in quanto gli atti che in esso si dispiegano sono considerati prescindendo dalla moralità soggettiva dei soggetti che li compiono. Andando un poco oltre il dettato tommasiano, possiamo intendere che, anche laddove la comprensione dell'intenzionalità del soggetto agente sia fondamentale, come per esempio avviene nel diritto penale, una tale comprensione è sempre funzionale all'*opus iustum*, cioè ad un corretto riequilibrio

[46] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 3, ad 3um.

[47] Su questo punto, Lachance svolge delle importanti riflessioni nel terzo libro della sua già citata opera. Cfr. L. Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Sirey, Paris 1933, pp. 329-421.

dei rapporti sociali.

Se è pur vero che il diritto riguarda la sfera esteriore dei rapporti umani – ed in ciò è giustamente ravvisabile un elemento di *amoralità* del diritto[48] – non dobbiamo tuttavia cadere nell'opposto errore di *separare* il diritto dalla morale. Il diritto, infatti, *prescinde*, *non cancella* gli aspetti soggettivi della morale. In questo senso, il diritto è *parte*, sia pure dotata di una relativa autonomia, della morale e trae da essa la propria fonte di obbligazione. A tal proposito, Tommaso rileva come non vi possa essere legge che non derivi dalla legge naturale, che è una legge primariamente morale, ancorché, come successivamente vedremo, certi suoi principi possano avere valore giuridico. Scrive Tommaso: «Omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio»[49]. E ancora, a proposito della giustizia: «[Lex] inquantum habet de iustitia, in quantum habet de virtute legis»[50]. Inoltre, Tommaso non esita ad affermare che non solo le leggi naturali, ma pure le leggi positive obbligano in coscienza: «Leges positae humanitus vel sunt iustae, vel sunt iniustae. Si quidem iustae sint, habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna, a quo derivantur»[51].

D'altro canto, tuttavia, è la stessa morale che richiede il diritto come una sua parte dotata di una propria autonomia e di una propria specificità. Ciò è chiaro venendo a considerare i rapporti tra la giustizia generale e la giustizia particolare nella questione 58 della *Secunda Secundae*. Qui, infatti, Tommaso distingue una giustizia generale (anche chiamata *iustitia legalis*), che consiste nell'«habitus secundum quem aliquis constante et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit»[52]. La giustizia come *habitus* è la giustizia nel suo senso pieno: in quanto tale, essa non solo è una virtù[53], ma, richiamandosi al V libro dell'*Etica Nicomachea*, Tommaso sostiene che «iustitia est

---

[48] Opportunamente ne parla Giuseppe Graneris ne *L'amoralità del diritto di fronte alla dottrina di S. Tomaso*, in *«Rivista di filosofia neoscolastica»*, XXXII (1940), pp. 138-149.
[49] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
[50] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
[51] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 96, a. 4, resp.
[52] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 1, resp.
[53] «Virtus humana est quae bonum reddit actum humanum et ipsum hominem bonum facit». Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 3, resp.

omnis virtus»[54], in quanto «bonum cuiuslibet virtutis, sive ordinantis aliquem hominem ad seipsum, sive ordinantis ipsum ad aliquas alias personas singulares, est referibile ad bonum commune, ad quod ordinat iustitia»[55]. In quanto la giustizia generale ordina la parte al bene del tutto, ed il bene del tutto è comprensivo di ogni altra virtù, la giustizia generale consiste nel pieno dispiegamento della moralità dell'uomo, nel compiuto manifestarsi del suo essere virtuoso. Essa non può però regolare autonomamente i rapporti del tutto in vista della parte e delle parti tra loro. Perciò è richiesta una giustizia *particolare*, così chiamata perché ha come oggetto, appunto, la parte, non il tutto. Scrive Tommaso: «Iustitia legalis sufficienter quidem ordinat hominem in his quae sunt ad alterum, quantum ad bonum commune, immediate; quantum autem ad bonum unius singularis personae, mediate. Et ideo *oportet* esse aliquam particularem iustitiam, quae immediate ordinet hominem ad bonum alterius personae»[56]. In altri termini, se la giustizia come virtù ordina al bene del tutto, lo può fare solo grazie alla mediazione di una speciale disciplina, il diritto, in cui consiste la giustizia particolare, che regoli i rapporti del tutto alle parti e delle parti tra loro. Tale esigenza di una giustizia particolare è posta dalla stessa giustizia generale, come risulta dal dettato tommasiano.

Venendo quindi a considerare la specifica materia della giustizia particolare, con molta chiarezza Tommaso afferma che essa consiste in un ordine di pratiche e di rapporti sociali considerato nella sua obiettività, ossia prescindendo dalla moralità soggettiva degli agenti: «Ideo, cum iustitia [particularis] ordinetur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quandam rationem obiecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur»[57].

Da quanto detto, sembrerebbe che sia precluso al diritto il compito di rendere buoni gli uomini. In realtà, Tommaso ammette che, in un certo senso, anche le pratiche

---

54 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 5, sed contra.

55 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 5, resp. Nel *respondeo* dell'art. 6 della medesima questione, Tommaso scrive: «Iustitia legalis dicitur esse virtus generalis, inquantum scilicet ordinat actus aliarum virtutum ad suum finem, quod est movere per imperium omnes alias virtutes. Sicut enim caritas potest dici virtus generalis inquantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum divinum, ita etiam iustitia legalis inquantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum commune».

56 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 7, ad 1um (corsivo nostro).

57 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 8, resp.

esteriori abbiano una loro utilità quanto alla moralità soggettiva, giacché favoriscono il compito dell'educazione. Oggi si parla spesso di funzione educativa della pena: non ci dovremmo stupire del fatto che san Tommaso sottoscriverebbe tale proposito, pur con la moderazione dettata dalla consapevolezza che il diritto non può entrare nelle coscienze delle persone, ma può solo dissodare grossolanamente il terreno per una semina migliore. Scrive l'Aquinate: «Per hoc quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala et ad implendum bona propter metum poenae, perducitur quandoque ad hoc quod delectabiliter et ex propria voluntate hoc faciat. Et secundum hoc, lex etiam puniendo perducit ad hoc quod homines sint boni»[58]. *Quandoque*: non dobbiamo aspettarci granché.

Insomma, giustizia come virtù e giustizia come ordine non coincidono, morale e diritto non sono la stessa cosa. Il compito del diritto non è primariamente quello di rendere buoni gli uomini, bensì quello di garantire l'ordine, perché non può agire se non indirettamente sugli atti interiori dell'uomo, che restano ben delimitati nella dimensione della coscienza. Del resto, se, durante la celebrazione di matrimonio, l'ufficiale di stato civile, nel leggere gli articoli del Codice civile che obbligano i coniugi alla reciproca fedeltà, all'assistenza etc. (artt. 143, 144, 147 c.c.) - tutti atti che hanno valore obiettivo-, ne aggiungesse di sua iniziativa un altro che obbligasse i coniugi all'amore, lascerebbe tutti interdetti, perché nessuno saprebbe che farsene dell'amore scritto nell'articolo di un Codice.

Diritto e leggi

Volutamente abbiamo pensato di titolare questo paragrafo utilizzando la parola "leggi", al plurale. Infatti, se avessimo scritto "legge", la nostra mentalità di moderni ci avrebbe subito condotti a considerare un tipo molto specifico di legge, qual è la legge giuridica. Ora, per Tommaso – l'abbiamo già rimarcato – esistono leggi ovunque: la legge, considerata nella sua accezione più astratta, cioè prescindendo dalle concrete realtà che essa è chiamata a regolare e a misurare, è una rete di relazioni cosmiche. Il nostro intento, tuttavia, è affrontare il tema del diritto nell'Aquinate e, connesso a questo

[58] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 92, a. 2, ad 4um.

compito, vi è quello di esaminare quel particolare tipo di legge che emana dallo *ius*, che è la legge "giuridica". Saremmo ben lontani, quindi, dal comprendere il senso dell'articolo di un Codice se ci limitassimo alla lettura della questione 91 della *Prima Secundae*, che affronta la divisione e la struttura delle leggi. Quale tra queste leggi ha valore giuridico? La legge naturale o la legge umana? La legge scritta o quella non scritta? Dal trattato *De lege* non ricaviamo una risposta univoca al problema del valore "giuridico" di una legge: abbiamo pertanto bisogno di leggere le questioni del *De Lege* alla luce di quanto possiamo apprendere intorno alla specificità del diritto nella questione 57 della *Secunda Secundae*.

In quella sede ci viene proposta una definizione realistica del diritto, inteso come concreto ordinamento di pratiche e di rapporti umani, ordinamento avente valore obiettivo. Il nostro scopo, in questo momento, non è già quello di enucleare i caratteri giuridici della legge specificamente tale, ma sarà quello, più ristretto, di mostrare come l'ordinamento delle leggi, così come ci viene presentato da Tommaso, preservi la specificità della realtà emersa nella questione 57 della *Secunda Secundae*, cioè la realtà del diritto.

La questione 91 della *Prima Secundae* ci propone, sin dal proemio, la divisione e l'organizzazione delle leggi. Tralasciando, per i nostri scopi, la legge divina positiva e la legge del peccato (che peraltro non può nemmeno essere detta propriamente legge) vediamo, infatti, che vi sono una legge eterna, una legge naturale e una legge umana. È senz'altro possibile interpretare il dettato tommasiano nel senso di una partecipazione decrescente delle leggi inferiori rispetto alle leggi superiori e chiamiamo questo modello interpretativo *modello partecipativo*. Per Tommaso, infatti, vi è una gerarchia nell'essere, che da Dio scende alla creatura, e ciascun piano di realtà inferiore riceve il proprio essere in quanto partecipa del piano superiore. In tal modo, la legge umana, cioè la legge della città, riceve il proprio essere dalla partecipazione alla legge naturale: «Omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis

corruptio»[59]. A sua volta, la legge naturale è tale in quanto è «participatio legis aeternae in rationali creatura»[60]. Il modello partecipativo vede applicata un'analogia di attribuzione alle varie leggi: il primo analogato è la legge divina e gli analogati secondari sono le altre leggi. Il rischio di questo modello, se assolutizzato, è quello di fare della legge divina (la legge eterna è infatti legge divina non positiva) la *ratio* di tutte le altre leggi, dimodoché tutte le leggi possono dirsi tali solo in quanto rispondono al modello di legge per eccellenza, costituito dalla legge divina. Così si rischia di perdere la specificità degli ambiti inferiori di realtà, e quindi la specificità delle leggi che li regolano, in funzione della suprema realtà di Dio e della legge divina. Giova rilevare come, per il funzionamento del modello partecipativo, non è *essenziale* l'idea di *fine*. Si badi: non si sta dicendo che non ci dev'essere il fine; si sta dicendo che esso non è *essenziale*: infatti possiamo concepire la legge come un mero comando dato da un superiore ad un inferiore e consentire così al modello partecipativo di funzionare perfettamente. Il nostro sospetto è che molti commentatori di san Tommaso, in epoca moderna, abbiano interpretato la strutturazione delle leggi dell'Aquinate sulla base di tale modello partecipativo. In tal caso, "legge", *proprie loquendo*, è solo la legge divina: le altre leggi sono tali nella misura in cui partecipano della legge divina. Allo stesso modo, il modello di legislatore umano rischia di essere parametrato su Dio stesso, quel *Dio legislatore* che compare nel titolo dell'opera di Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*.

Tuttavia, l'ultima parola di san Tommaso non è ancora detta – e nemmeno quella che, dal nostro punto di vista e per i nostri scopi, è la più significativa. Infatti, accanto al modello partecipativo, troviamo operante un altro modello, che chiameremo *modello proporzionale*. In esso è invece *essenziale* il concetto di fine. La legge viene predicata delle diverse realtà secondo analogia di proporzionalità. La realtà *x* tende al proprio fine come la realtà *y* tende al proprio. La legge in tale contesto non è altro che la via al fine proprio, immanente, di ogni realtà; essa non è altro che la *ratio analogiae* che lega ogni realtà al proprio fine. Diversa è la realtà di Dio, diversa è la realtà dell'uomo, diversa è

[59] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
[60] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 91, a. 2, resp.

la realtà della città e diversi sono i loro fini. Diverse sono quindi le leggi, ma comune è il loro ancoraggio ontologico. Pensiamo che sia proprio tale modello interpretativo a consentirci di afferrare l'autentico pensiero di Tommaso, che anima, non solo la sua filosofia giuridica, ma l'intera sua speculazione: salvare l'esperienza, chiamare le cose con il loro nome, attribuire ad ogni cosa la propria specificità.

Qual è dunque la specificità della città? Qual è la sua realtà? La realtà della città è il diritto. Il diritto, quindi, è saldo e ben protetto nel sistema tommasiano: garante ne è l'ontologia. Come si pone dunque la legge rispetto allo *ius*? La legge non è altro che la via al fine immanente dello *ius*, cioè la legge non ha altro scopo se non quello di garantire armonia ed equità nei rapporti sociali. La legge non è, pertanto, alcunché di "calato dall'alto", volto a regolare una materia informe, ma è la via al fine immanente dello *ius*. La legge è certamente «regola e misura», ma tale «regola e misura» non può darsi indipendentemente dalle cose regolate e misurate. Non può esservi *separazione* tra *ius* e *lex*. In questo senso, ci sembra di comprendere e di condividere appieno le critiche mosse da alcuni Autori contro la sopravvalutazione scientifica della legge: la legge non crea l'ordine dal nulla, ma lo può creare soltanto dall'interno, cioè lo crea nella misura in cui a sua volta lo presuppone. «Non c'è nessuna legge che sia applicabile al caos» - scrive lapidario Carl Schmitt nella *Teologia politica 1*[61]. Pur senza spingerci sino agli esiti della sua dottrina dell'istituzione, ci sembra certamente condivisibile l'affermazione di Santi Romano secondo la quale nessuna legge può essere a fondamento di un ordinamento. Scrive il giurista siciliano nella sua celebre opera: «Ora l'organizzazione, così concepita, non è certo una norma o un complesso di norme: sia perché, come si è visto, può essere a questa anteriore, sia perché, quando è posteriore o vi si ricollega, è evidentemente un fenomeno che si sarà verificato per effetto della loro esecuzione, e quindi non è più norma»[62]. L'ordinamento può fondarsi sulla legge solo ammettendo che vi sia *già* un'organizzazione preesistente capace di dare attuazione alla legge, ma questa ammissione significherebbe perciò stesso affermare che vi è diritto prima della norma stessa che dovrebbe fondarlo.

---

[61] C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin 1922; trad. it. di P. Schiera *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1971, p. 39.

[62] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1945 [1918], p. 43.

Non è possibile in altri termini *separare* la legge dal diritto, cioè dal concreto ordinamento di pratiche e di rapporti nel quale è inserita. Inoltre, ci pare di poter essere fedeli a Tommaso se aggiungiamo pure che - in un certo senso che ora andremo a precisare - vi è una *priorità* dello *ius* sulla *lex*. Tale priorità non va certamente intesa nel senso che il diritto possa fare a meno della legge, esistere indipendentemente da essa, bensì nel senso che la legge è *funzionale* al diritto, che la *lex* è *funzionale* allo *ius*. La legge, insomma ordina sempre dall'interno di un contesto di pratiche, in quanto è chiamata a soddisfare le esigenze immanenti di quel particolare contesto. In tal modo, la questione della competenza - di chi debba, cioè, promulgare una legge - è risolta facendo appello ad un concreto ordinamento nel quale consiste il diritto. Del resto, la promulgazione è una *pratica* e, in quanto tale, si inserisce nel contesto complessivo delle pratiche e dei rapporti costitutivi di un ordinamento, all'interno del quale solamente la promulgazione può avere senso e significato.

L'aver saldamente ancorato la *lex* allo *ius* pare condurci nella direzione di un netto rifiuto di ogni apriorismo morale: noi non possiamo avere conoscenza della legge come regola e misura se non attraverso l'esperienza delle cose misurate e regolate. Quantunque san Tommaso ammetta, a proposito della legge naturale, che alcuni primi principi siano «per se nota», certo non possiamo avere conoscenza della complessa e articolata esperienza giuridica se non da essa e attraverso di essa. Laddove Tommaso, nella questione 91 della *Prima Secundae*, si chiede «Quis ostendit nobis bona?» e risponde, con le parole del Salmista, «Signatum est super nos lumen vultus tui, Domine», afferma certamente che il lume della ragione naturale viene da Dio, ma non certo che la nostra ragione non necessiti della mediazione dell'esperienza quanto all'apprendimento dei contenuti. A proposito della legge eterna, san Tommaso scrive che noi non possediamo una conoscenza delle cose divine se non attraverso la mediazione delle cose create: «Ea quae sunt Dei, in seipsis quidem cognosci a nobis non possunt, sed tamen in effectibus suis nobis manifestantur, secundum illud Rom. I, *invisibilia Dei per ea quae facta sunt, intellecta, conscipiuntur*»[63].

[63] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 93, a. 2, ad 1um.

I requisiti della giuridicità della legge

Venendo a considerare il *proprium* della legge *giuridica*, da quanto sin qui detto, emerge che la legge giuridica è tale in quanto è funzionale allo *ius*, inteso naturalmente *ad mentem S. Thomae*.

Scrive San Tommaso: «Et ideo, cum iustitia [particularis] ordinetur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quandam rationem obiecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur»[64].

Ecco che il primo requisito della legge giuridica dovrà essere l'alterità: la legge è essenzialmente rivolta *ad alterum*. La legge giuridica non ha a che fare con gli atti cui l'essere umano è tenuto nei confronti di se stesso, ma solo con gli atti intersoggettivi.

In quanto la legge giuridica ha come carattere essenziale l'alterità, essa ha di mira il bene altrui anche indipendente dalle intenzioni del soggetto agente. Le legge giuridica riguarderà pertanto solo «exteriores actiones et res»[65], laddove per "azioni esteriori" intendiamo quelle azioni che conducono alla perfezione dell'ordine prescindendo dalla perfezione morale del soggetto agente. Scrive Tommaso: «Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, *etiam non considerato qualiter ab agente fiat*»[66] Ecco, quindi, che il secondo requisito della legge giuridica è l'*obiettività*. San Tommaso giustifica l'esistenza della legge divina (positiva) proprio in ragione del fatto che la legge giuridica non può avere a che fare, almeno immediatamente, con gli atti interiori dell'uomo. Scrive l'Aquinate: «De his potest homo legem ferre, de quibus potest iudicare. Iudicium autem hominis esse non potest de interioribus motis, qui latent, sed solum de exterioribus actibus, qui apparent. […] Et ideo lex humana non potuit cohibere et ordinare sufficienter interiores actus, sed necessarium fuit quod ad hoc superveniret lex divina»[67]. E all'articolo successivo, Tommaso pone la superiorità della legge nuova sulla legge antica, proprio in ragione del fatto che la legge antica, in quanto ordinava sulle faccende temporali, era caratterizzata

[64] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 8, resp.
[65] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 8, resp.
[66] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1, resp. (corsivo nostro).
[67] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 91, a. 4, resp.

perlopiù dall'esteriorità degli atti: «In quo etiam superabundat lex nova legi veteri, interiores actus animi ordinando»[68].

Un terzo requisito della legge giuridica, strettamente legato ai precedenti, consiste nella *coattività* (o *coazione*) della legge, giacché la legge giuridica ha in vista anzitutto la preservazione dell'ordine sociale. In tal senso occorre distinguere la semplice *imperatività*, che è propria di ogni obbligazione morale, dalla *coazione*, che è il mezzo con cui la legge si rende efficace all'interno di un ordinamento piegando i soggetti all'obbedienza *per vim et metum poenae*. L'atto giusto, poiché ha di mira la perfezione dell'ordinamento in quanto distinto dalla perfezione dei soggetti agenti, potrà quindi essere estorto con la forza. Scrive Tommaso: «Sed quia invenitur quidam protervi et ad vitia proni, qui verbis de facili movere non possunt, necessarium fuit ut per vim et metum cohibentur a malo, ut saltem sic male facere desistens […] aliis quietam vitam redderent. […] Huiusmodi autem disciplina cogens metu poenae est disciplina legum»[69]. Occorre, tuttavia, distinguere ulteriormente tra *coazione* e *sanzione*: la sanzione non è che un ulteriore mezzo per rendere coattiva una legge. Tale distinzione tornerà utile nel prosieguo, laddove affronteremo il tema di leggi che, pur avendo valore giuridico, non sono propriamente dotate di sanzione.

Un ulteriore requisito ci sembra essere quello della *promulgazione*. Confessiamo, tuttavia, che siamo alquanto titubanti nel porre la promulgazione tra i requisiti della legge specificamente "giuridica", dal momento che Tommaso la pone tra i requisiti della legge *tout court*. Eppure ci pare che la promulgazione assuma dei caratteri specifici nel caso della legge giuridica, che non sono direttamente riferibili alle altre leggi. In ogni caso, occorre intendere correttamente questo punto assai delicato. La promulgazione, per Tommaso, è certamente un atto della volontà, ma la volontà nel pensiero dell'Aquinate non può essere separata dall'intelletto e dalla ragione. In tal senso, ci pare che la promulgazione nel pensiero dell'Aquinate sia piuttosto un atto attraverso il quale viene portato all'altrui conoscenza («in notitiam eorum»[70]) un certo comportamento

---

[68] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 91, a. 5, resp.

[69] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 1, resp.

[70] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 90, a. 4, resp. In tale contesto viene offerta la nota definizione di legge: «[Lex est] nihil aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab

come doveroso. Non è ravvisabile nella promulgazione alcun volontarismo, nel senso di un puro potere di far fare, come invece si verificherà nell'epoca moderna, laddove l'atto formale della volontà del legislatore è in qualche modo *separato* dal contenuto di quell'atto. Tant'è che la promulgazione – per Tommaso - può avvenire non solo a parole o per iscritto, ma anche attraverso atti esteriori che manifestano in modo non equivoco la volontà e la ragione del bene che la legge intende tutelare, come avviene nel caso della consuetudine, che per Tommaso ha, a tutti gli effetti, valore di legge, e di legge giuridica. Scrive l'Aquinate: «Ratio et voluntas hominis manifestantur verbo in rebus agendis, ita etiam manifestantur facto[:] hoc enim unusquisque eligere videtur ut bonum quod opere implet. […] Unde etiam et per actus, maxime multiplicatos, qui consuetudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari quod legis virtutem obtineat, *inquantum scilicet per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus, et rationis conceptus, efficacissime declaratur*. […] *Et secundum hoc consuetudo et habet vim legis et legem abolet et est legum interpretatrix*»[71].

Poniamo quindi il requisito della promulgazione tra i requisiti propri della legge giuridica, ma avvertiamo che nel dettato tommasiano la promulgazione è un requisito di *ogni* legge, non soltanto della legge giuridica.

La giuridicità della legge naturale

La legge naturale è una legge anzitutto morale. Tuttavia san Tommaso non esclude, sulla base degli elementi sopra richiamati, che la legge naturale possa avere in certe circostanze valore giuridico, come nel prosieguo avremo modo di vedere.

Nella questione 57 della *Secunda Secundae*, san Tommaso ci presenta il diritto naturale e il diritto positivo con due formule divenute tradizionali, «iustum ex natura rei» e «iustum ex condicto», cui fanno da *pendant*, nel trattato *De Lege*, la legge naturale e la legge umana. Ora si devono evitare, a nostro avviso, due opposti errori. Il primo è quello di considerare il diritto naturale e il diritto positivo come due blocchi separati, in una sorta di dualismo giuridico che ci porrebbe nell'imbarazzante

---

eo qui curam communitatis habet promulgata».

[71] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 97, a. 3, resp. (corsivo nostro).

condizione di dover scegliere l'uno piuttosto che l'altro. Ad una tale prospettiva ci ha abituato gran parte del moderno giusnaturalismo, che ha in qualche modo *codificato* il diritto naturale, attraverso una indebita assimilazione, tra le altre cose, del concetto di *ius* a quello di *lex* – cosa che abbiamo visto non essere affatto giustificata. L'opposto errore consiste nell'identificare *di fatto* diritto naturale e diritto positivo, come fa, a nostro parere, Georges Renard, sulla scorta della teoria dell'istituzione di Maurice Hauriou. Per Renard, il diritto naturale non è altro che la *ratio iuris* del diritto positivo e «non ha maggiore esistenza attuale al di fuori del diritto positivo di quanta ne abbia la polizza assicurativa delle automobili al di fuori dei regolamenti che obbligano, a Parigi, a circolare sulla destra, e, a Londra, a circolare sulla sinistra»[72]. In realtà la legge naturale – su ciò Tommaso è chiaro – è dotata di alcuni principi indimostrabili e per sé noti, che possono avere valore giuridico anche indipendentemente dal diritto positivo.

Ci pare che legge naturale e legge positiva siano due realtà dai contorni estremamente sfumati, che sconfinano continuamente l'una nell'altra. Dal principio, sul quale possiamo essere tutti concordi, per cui, per esempio, è proibita l'uccisione dell'innocente, all'obbligo di circolare sulla destra, passa un mondo in cui i confini del diritto positivo e del diritto naturale appaiono confondersi gli uni con gli altri. Ci sembra che un concreto ordinamento sia costituito, per dir così, da un nucleo "naturale", sopra il quale si sedimentano un numero sempre crescente di incrostazioni "positive".

Giuseppe Graneris ci propone un esempio di legge naturale avente valore giuridico. Riportiamo il passo: «Ora intendiamo [domandarci] se la natura da sola non basti a darci dei comandamenti pienamente giuridici. E ci sembra di sì. Esemplifichiamo. Due individui umani, non legati da alcun rapporto di diritto positivo, s'incontrano nel folto di una foresta tropicale o fra i ghiacci polari. Ciascuno di essi è protetto da natura col diritto alla vita e col conseguente reciproco dovere di mutuo rispetto; diritto e dovere così collegati e così energici, che se uno dei due incogniti vien meno al proprio dovere e aggredisce l'altro, quest'altro può difendersi reagendo anche

[72] G. Renard, *De l'institution à la conception analogique du droit*, in «*Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique*», V (1935); trad. it. di D. Lovat e F. Todescan *Dall'istituzione alla concezione analogica del diritto*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, p. 146.

con la violenza, anche con l'uccisione dell'aggressore. Che cosa manca qui alla giuridicità della situazione? Sembra che non manchi proprio nulla; sembra ai giusnaturalisti che i diritti e i doveri reciproci dei due sconosciuti abbiano tutti i caratteri che i giuristi richiedono per la giuridicità: sono esterni e *ad alterum* per la materia, che è la vita fisica di ciascuno dei due; sono *imperiosi*, *definiti*, *coercibili* nella forma, come appare dal principio universalmente ammesso, secondo il quale ciascuno può difendere la propria vita con tutti i mezzi necessari, fino a ritoglierla all'avversario»[73]. Ci sembra che l'esempio sia convincente: bisogna quindi ammettere che alcuni principi della legge naturale possono essere tradotti in norme giuridiche.

Legge naturale e legge umana, ovvero i limiti della legge naturale

Procedendo a determinare, dall'alto dei principi della legge naturale al basso della concreta realtà della città, le cose si complicano enormemente. In questo processo discendente, infatti, la giuridicità dei principi della legge naturale viene in qualche modo rimpiazzata dalla giuridicità del diritto positivo, a partire da quel diritto positivo più vicino alla legge naturale che è lo *ius gentium*, per finire alle disposizioni puramente procedurali che stabiliscono, per esempio, i termini di prescrizione di un illecito penale. A tale proposito, Giuseppe Graneris parla, in riferimento alla legge naturale, di *giuridicità decrescente*[74].

Vediamo più da vicino il dettato tommasiano. Ora, non v'è dubbio alcuno sul fatto che «Omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio»[75]. La legge naturale consta di alcuni principi universali e indimostrabili, per sé noti, coglibili intuitivamente[76]. Lo stesso Aquinate ci fornisce alcuni esempi di tali principi: oltre al primo principio (*bonum faciendum, malum vitandum*), che è evidentemente solo formale, egli enumera la proibizione della sodomia[77], dell'uccisione

[73] G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino 1949, p. 85.
[74] G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino 1949, p. 84.
[75] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
[76] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 2, resp.
[77] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 3, ad 2um.

dell'innocente, dell'adulterio e del furto[78]. Tommaso aggiunge che la legge umana può derivare dalla legge naturale in due modi: «uno modo sicut conclusiones ex principiis; alio modo sicut determinationes quedam aliquorum communium»[79]. Il primo modo di procedere si comporta in modo *simile* (attenzione: *similis est*!) alla deduzione delle conclusioni a partire dai principi che avviene nelle scienze speculative. Il secondo, invece, procede per via di progressiva determinazione di ciò che è originariamente indeterminato.

Abbiamo a che fare, insomma con tre ambiti: il primo, nel quale i primi principi sono colti intuitivamente; il secondo, nel quale vengono tratte delle conclusioni a partire da quei principi, *per modum conclusionis*; il terzo, nel quale vengono determinate alcune cose che non potevano essere altrimenti determinate (*per modum determinationis*). Tommaso aggiunge – e questa notazione è fondamentale – che «Utraque inveniuntur in lege humana posita»: la legge umana consta sia delle conclusioni della legge naturale, sia delle sue determinazioni.

Tenendo fermi i principi primi indimostrabili e per sé noti, vediamo che gli altri due ambiti hanno contorni molto sfumati, che sconfinano l'uno nell'altro. San Tommaso, infatti, dopo averci detto che le conclusioni a partire dai primi principi della ragione pratica *somigliano* alla conclusioni a partire dai primi principi della ragione speculativa, subito ci avverte che una tale similitudine non va spinta troppo in là. La ragione pratica, infatti, non si comporta come la ragione speculativa e non possiamo avere lo stesso grado di certezza nelle sue conclusioni: «Ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia, non autem circa necessaria, sicut ratio speculativa. Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum. Nec oportet quod omnis mensura sit omni modo infallibilis et certa, sed secundum quod est possibilis in genere suo»[80]. Ora, non si contano i passi in cui l'Angelico ci mette in guardia dal concepire la ragione pratica e la sua funzione alla stregua della ragione speculativa. Ne riportiamo solo un altro: «Aliter tamen circa hoc se habet ratio speculativa, et aliter ratio practica. Quia enim ratio speculativa

[78] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, praet. 2.
[79] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
[80] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 91, a. 3, ad 3um.

praecipue negotiatur circa necessaria, quae impossibile est aliter se habere, absque aliquo defectu invenitur veritas in conclusionibus propriis, sicut et in principiis communis. Sed ratio practica negotiatur circa contingentia, in quibus sunt operationes humanae, et ideo, etsi in communibus sit aliqua necessitas [nei principi primi della legge naturale], quanto magis ad propria descenditur, tanto magis invenitur defectus. […] In operativis non est eadem veritas vel rectitudo practica apud omnes quantum ad propria, sed solum quantum ad communia, et apud illos quos est eadem rectitudo in propriis, non est aequaliter omnibus nota»[81].

Nel considerare lo *ius gentium*, che è costituito da quelle norme del diritto positivo più vicine al diritto naturale, Tommaso abbandona il termine *conclusiones*, per evitare fraintendimenti con la ragione speculativa, e parla di «quasi conclusiones» e, proprio nel dare la definizione dello *ius gentium*, afferma che nelle quasi-conclusioni della legge naturale, in cui esso consiste, possiamo avere una maggiore o minore distanza dai principi: «Ius gentium est quidem aliquo modo naturae homini, secundum quod est rationalis, inquantum derivatur a lege naturali *per modum conclusionis quae non est multum remota a principiis*»[82]. Insomma, lungi dall'essere un blocco unitario ed omogeneo, quello delle conclusioni dalla legge naturale si presenta, per usare un'immagine, come un insieme di cerchi concentrici intorno al nucleo unitario infallibile dei principi. Più questi cerchi si allontanano dal nucleo, più le conclusioni si fanno più incerte, meno stabili, più indeterminate, e più interviene il terzo modo di derivazione, cioè il modo della determinazione.

Non dobbiamo, in altri termini, pensare a tali conclusioni come se si trattasse di vere e proprie dimostrazioni, quasi fosse già tutto racchiuso in quei primi principi della legge naturale ed il resto non fosse altro che una deduzione analitica da essi. Le conclusioni (o meglio, le "quasi conclusioni") della legge naturale avvengono attraverso la mediazione dell'esperienza, che è contingente e mutevole. Pertanto, anche laddove le conclusioni sono assai vicine ai primi principi della legge naturale, come avviene nello *ius gentium*, esse non provengono direttamente da un certo precetto della legge naturale,

[81] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 4, resp.
[82] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 4, ad 1um.

ma piuttosto considerano gli *effetti sociali complessivi* di quel precetto, nel rapporto con una certa realtà dell'esperienza. È il caso della proprietà privata, che Tommaso pone nell'ambito dello *ius gentium*: «Aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam suam considerationem, sed secundum aliquid quod ex eo ipso consequitur, puta proprietas possessionum. Si enim consideretur iste ager absolute, non habet unde magis sit huius quam illius, sed si consideretur quantum ad opportunitatem colendi et ad pacificum usum agri, secundum hoc habet quandam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius, ut patet per philosophum in II Polit.»[83]. Dal precetto della legge naturale secondo il quale occorre vivere pacificamente con gli altri uomini, discende l'opportunità della proprietà privata. Inutile dire che siamo ben lontani dal farne un diritto assoluto, inviolabile e persino "sacro"!

Le conclusioni (o quasi-conclusioni) della legge naturale lasciano pertanto ampio spazio ad una ragione discorsiva che valuti ciò che è più o meno conforme alla natura nelle circostanze concrete. Con molta chiarezza, infatti, Tommaso ci dice che la legge naturale, non quanto ai suoi primi principi, ma in riferimento alle conclusioni e alle determinazioni, può mutare. E può mutare non solo *per modum additionis*, come avviene nel caso della proprietà privata dei beni[84], ma anche *per modum subtractionis*, quando vengono meno le condizioni perché una certa conclusione della legge naturale possa dirsi giusta[85]. Per esempio, non bisogna restituire un deposito quando è nota la volontà perversa di chi se ne servirà, come è il caso delle armi restituite a un pazzo o a un nemico della patria[86]. Per riferirci ad un altro esempio tommasiano, è giusta quella legge che, durante l'assedio di una città, obbliga la chiusura delle porte, ma, nel caso in cui vi fossero dei nemici che stessero inseguendo dei cittadini capaci di difendere la

---

[83] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 3, resp.

[84] «Distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae. Et sic in hoc lex naturae non est mutata nisi per additionem». Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, ad 3um.

[85] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, resp. Sembrano dimenticare che la legge naturale possa mutare anche *per modum subtractionis* alcuni Autori contemporanei, che si rifanno alla dottrina dell'Aquinate, tra i quali Jacques Maritain. Alla domanda posta da Kant nello scritto *Sulla Pace perpetua*, se l'umanità proceda verso il meglio, Maritain risponde affermativamente, sostenendo che la ragione umana non verrà mai meno alla continua ricerca di nuovi modi nei quali realizzare le istanze di giustizia poste nella legge naturale. Non so se oggi possiamo condividere l'ottimismo di Maritain e del suo tempo.

[86] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 2, ad 1um; I-IIae, q. 94, a. 3, resp.

città, sarebbe sommamente dannoso non aprir loro le porte[87].

Venendo quindi alle legge umana, è opportuno richiamare alla mente quanto detto a proposito della distinzione di *ius* e *lex* e della priorità dello *ius* sulla *lex.* È solo in quanto è presupposto un certo ordinamento di pratiche e di rapporti che la legge può avere senso e significato. La legge non può essere, per dir così, "calata dall'alto", perché essa non può prescindere da quel concreto ordinamento del quale essa è funzione. La legge, insomma, come regola e misura, deve essere omogenea con la realtà che è chiamata a regolare e misurare, cioè con le cose regolate e misurate. Su ciò Tommaso è chiarissimo: «Lex ponitur ut quaedam regula vel mensura humanorum actuum. Mensura autem debet esse homogenea mensurato, […] diversa enim diversis mensuris mensurantur. Unde oportet quod etiam leges imponantur hominibus secundum eorum conditionem, quia, ut Isidorus dicit, *Lex debet esse possibilis et secundum naturam et secundum consuetudinem patriae*»[88].

Su che cosa, dunque, andrà regolata la legge umana? Sulla base della capacità dei soggetti, della loro natura e delle loro possibilità, sulla base delle consuetudini della città e sulla base delle circostanze. Scrive Tommaso: «[La legge deve essere regolata] quantum ad facultatem agentium. Debet enim esse disciplina conveniens unicuique secundum suam possibilitatem, observata etiam possibilitate naturae (non enim eadem sunt imponenda pueris, quae imponuntur viris perfectis); et secundum humanam consuetudinem. [Inoltre la legge dev'essere regolata] quantum ad debitas circumstantias, dicit, loco temporique conveniens»[89].

L'aver ancorato saldamente la *lex* allo *ius* ci porta a considerare come nessuna legge possa essere completamente inefficace in un ordinamento giuridico. Una legge che fosse sistematicamente disattesa non sarebbe neppure una legge, perché si porrebbe al di fuori di *quel particolare* contesto di pratiche che è chiamata a regolare. Sarebbe una pura astrazione. Ed è per ciò che tutto il discorso di Tommaso sulla legge naturale è all'insegna di questa parola-chiave: *moderazione*. Certo, ci sono dei principi immutabili e per sé noti, ma da qui ad arrivare alla concreta esperienza giuridica che *si fa* nella città

[87] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 96, a. 6, resp.
[88] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 96, a. 2, resp.
[89] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 3, resp.

occorre un lungo cammino, che è il cammino che percorre la ragione umana nella continua ricerca del giusto. Se ci attendiamo da Tommaso di avere tra mani un codice di leggi eterne, immutabili, indefettibili, abbiamo sbagliato autore e sbagliato epoca.

Sull'interpretazione della legge giuridica

La legge è un astratto di cui il diritto è il concreto. Pertanto la legge deve essere letta alla luce dell'intero e di tutto ciò che l'intero significa e rappresenta.

Pertanto, non solo al giudice spetta l'interpretazione della legge nei casi particolari, che possono essere discordanti dalla lettera della legge, ma anche i sudditi, nelle circostanze concrete, sono autorizzati a non osservare la legge quando l'osservanza letterale di quest'ultima, in casi particolari e ben determinati, implicherebbe un danno per la comunità[90]. Abbiamo, a tale proposito, già riportato un esempio di Tommaso: è sicuramente giusta la legge che impone la chiusura delle porte in caso di assedio della città, ma un'osservanza letterale della legge nel caso in cui fuori vi fossero dei cittadini, capaci di difendere la città, inseguiti dai nemici, sarebbe contraria al bene comune, e all'intenzione del legislatore, che non può che avere in vista il bene della comunità. In tal caso, è opportuno rilevare come l'intenzione del legislatore non abbia alcuna rilevanza psicologica, bensì quella di obiettivare la disposizione da lui promulgata nel contesto complessivo dell'ordinamento.

Allo stesso modo, per Tommaso, la consuetudine, oltre ad avere valore di legge giuridica a tutti gli effetti, interpreta e, nel caso, modifica la legge, come emerge nell'articolo terzo della questione 97: «consuetudo est legum interpretatrix»[91]. Inoltre, laddove la legge è inutile, vuoi perché divenuta «ormai inutile» in seguito ad alcune mutazioni del corpo sociale («lex ulterius utilis non est»), vuoi perché la legge è inutile in quanto «non est possibilis secundum consuetudinem patriae», la consuetudine ha la prevalenza sulla legge, ed i sudditi sono obbligati alla consuetudine e non alla legge[92].

Vi sono pertanto delle circostanze nelle quali occorre agire, per dir così, secondo lo *spirito* della legge, non secondo la *lettera*, prestando sempre la dovuta attenzione di

---

[90] Questo tema viene affrontato in *Summa theologiae*, I-IIae, q. 96, a. 6.
[91] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 97, a. 3, resp.
[92] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 97, a. 3, ad 2um.

non intendere lo "spirito" come la mera intenzione psicologica del legislatore, bensì come la sua capacità di regolare in modo *equilibrato* i rapporti sociali. A tal proposito, le leggi vanno interpretate secondo equità: Tommaso, richiamandosi all'*epieikeia* di aristotelica memoria, ritiene che ciascun caso particolare vada valutato obiettivandolo nel complesso dell'ordinamento giuridico, come, cioè, avrebbe fatto un buon legislatore che ha in vista il bene comune della città. Scrive l'Aquinate: «Quia humani actus, de quibus leges dantur, in singularis contingentibus consistunt, quae infinitis modis variari possunt, non fuit possibile aliquam regulam legis institui quae in nullo casu deficeret; sed legislatores attendunt ad id quod in pluribus accidit, secundum hoc legem ferentes: quam tamen in aliquibus casibus servare est contra aequalitatem iustitiae et contra bonum commune. […] In his ergo et in similibus casibus malum esset sequi legem positam: bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequit id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas. Et ad hoc ordinatur epieikeia, quae apud nos dicit aequitas»[93].

La legge viene dall'intelletto o dalla volontà?

Non dovremmo stupirci del fatto che san Tommaso non affronti apertamente tale questione, che invece è ampiamente discussa in epoca moderna da molti suoi commentatori. Invano, infatti, troveremmo nell'opera dell'Angelico un articolo di una qualche questione in cui ci si domandi apertamente se la legge sia opera dell'intelletto o della volontà. Già questa semplice constatazione è per noi assai significativa. Invece, a qualche secolo di distanza, Francisco Suárez dedica, nel suo trattato sulle leggi, un intero capitolo di svariate pagine all'intento di risolvere il problema, divenuto centrale, se la legge sia un atto della volontà o dell'intelletto. Evidentemente, qualcosa è mutato.

Se dovessimo dare una risposta lapidaria a tale questione, ritenendo di rimanere fedeli al pensiero di san Tommaso, diremmo: di entrambi. La legge è opera tanto della ragione e dell'intelletto quanto della volontà, perché non è possibile separare queste due dimensioni dell'agire umano, che si coimplicano vicendevolmente. Nel prosieguo

[93] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 120, a. 1, resp. Sull'*epieikeia* in san Tommaso d'Aquino cfr. F. D'Agostino, *La tradizione dell'*epieikeia *nel medioevo latino*, Giuffrè, Milano 1976, pp. 77-119.

cercheremo di mostrare questa tesi nel pensiero dell'Aquinate.

Nella questione 90 della *Prima Secundae*, con cui si apre il trattato *De Lege*, al primo articolo si pone il quesito se la legge appartenga alla ragione. La risposta di san Tommaso è ovviamente affermativa. La legge, in quanto regola e misura dell'agire umano, non può che trovare nella ragione la propria fonte. Ma è interessante rilevare che la legge non è una regola o misura astratta, bensì una regola o misura che spinge all'azione, in quanto è regola e misura delle cose in vista del fine perseguito. Legge infatti dice "legame" (*lex* deriva da *ligare*, secondo l'etimologia dell'Aquinate), e "legame" dice rapporto al fine. Scrive Tommaso: «Lex quaedam regula et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur»[94]. La legge, insomma, è principio di azione, non è l'opera di una ragione astratta, calata, per dir così, dal cielo, ma è l'opera di una ragione che tende al fine. In tal senso, Tommaso aggiunge che la ragione non può che ricevere dalla volontà la capacità di muovere al fine: «Ratio habet vim movendi a voluntate. […] Ex hoc enim quod aliquis vult finem, ratio imperat de his quae sunt ad finem. Sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata. Et hoc modo intelligitur quod voluntas habet vigorem legis, alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex»[95].

Ora, per comprendere come non possa essere concepita *ad mentem S Thomae* una volontà separata dall'intelletto e dalla ragione, occorre porre mente a che cosa sia la volontà nel pensiero dell'Aquinate. La volontà si distingue dalla mera pulsione sensitiva (*appetitus sensitivus*) in quanto è *strutturalmente* intellettiva e razionale (*appetitus intellectivus sive rationalis*). La creatura razionale, infatti, a differenza dell'animale bruto, muove le sue azioni e compie le sue scelte sulla base del bene che le viene proposto dall'intelletto e, d'altro canto, l'intelletto non può che essere mosso dalla volontà di tendere al fine proprio di ogni creatura. Pertanto, se al primo articolo della questione 90 della *Prima Secundae* la legge ci viene proposta come opera di ragione, nella questione 58 della S*ecunda Secundae* la giustizia ci viene presentata come opera

[94] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 90, a. 1, resp.
[95] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 90, a. 1, ad 1um.

di volontà: «Est autem duplex appetitus, scilicet voluntas, quae est in ratione; et appetitus sensitivus consequens apprehensionem sensus […]. Reddere autem quod unicuique suum est non potest procedere ex appetitu sensitivo, quia apprehensio sensitiva non se estendit ad hoc quod considerare possit proportionem unius ad alterum, sed hoc est proprium rationis. Unde iustitia non potest esse sicut in subiecto in irascibili vel concupiscibili, sed solum in voluntate»[96].

Insomma, nella prima questione considerata (la questione 90 della *Prima Secundae*) Tommaso ci propone la legge come opera di ragione, ma ci avverte che la ragione è mossa dalla volontà, mentre nella seconda questione considerata (la questione 58 della *Secunda Secundae*), Tommaso ci propone la giustizia come opera della volontà, ma ci avverte che la volontà è tale solo in quanto è illuminata dalla ragione – ed in ciò si differenzia dall'appetito sensitivo. Insomma, abbiamo a che fare con un *intellectus* o una *ratio appetitiva* ed *insieme* con un *appetitus intellectivus* o *rationalis*.

Ragione e volontà non possono essere quindi considerate come due realtà separabili, nel pensiero dell'Aquinate, ma si tratta di due dimensioni dell'agire umano che esprimono nell'atto della scelta la loro unità sostanziale. La scelta, infatti, rappresenta il concreto di cui ragione e volontà non sono che astrazioni, in quanto non possono sussistere indipendentemente dal concreto. Non c'è una ragione che possa essere disgiunta dalla volontà, così come non si dà una volontà che non sia strutturalmente razionale.

Per tornare alla nostra questione, se cioè la legge sia un prodotto della volontà o dell'intelletto, la risposta dovrebbe essere chiara. Per usare alcune categorie in voga tra gli studiosi, possiamo porci quest'altra domanda: san Tommaso è un intellettualista o un volontarista? La risposta è: né l'uno, né l'altro, perché tanto l'intellettualismo quanto il volontarismo presuppongono che si possa dare un intelletto separato dalla volontà e una volontà separata dall'intelletto.

La legge volontà. Un confronto con Suarez

In Tommaso è possibile parlare della volontà solo come concetto *concreto*

[96] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 4, resp.

dell'astratto, cioè solo in quanto essa è *strutturalmente* in relazione all'intelletto e alla ragione. Altra sarà quindi la volontà considerata *simpliciter* come *astratta*, cioè nella sua separatezza dalla ragione e dall'intelletto. Quando Suarez si pone il quesito se la legge sia opera della ragione o della volontà, abbiamo il sospetto che egli ne parli come di due realtà autonome, che certo possono avere relazione tra loro, ma nondimeno ciascuna è costituita indipendentemente dall'altra. Una volontà *separata* dalla ragione e dall'intelletto viene ad essere nient'altro che un *potere*. Questo segnerebbe uno scarto significativo rispetto al pensiero dell'Aquinate.

Ora, è opportuno rimarcare che il pensiero di Suarez si struttura intorno a due polarità contrapposte, non facilmente conciliabili: l'una è rappresentata dalla dottrina dell'Aquinate, alla quale Suarez manifesta la propria fedeltà, l'altra è il volontarismo di origine francescana[97], che dovette avere fortuna durante la Riforma, e che ruota intorno al tema della *libertà*. Ed è proprio in quanto il pensiero di Suarez si muove tra posizioni diverse e non perfettamente compatibili, che dobbiamo subito avvertire che le sue prese di posizione hanno sempre contorni molto sfumati, quasi inafferrabili, da cui deriva per il lettore una considerevole difficoltà a seguirlo nei suoi testi. Certa è la sua intenzione di seguire con fedeltà di spirito la dottrina dell'Aquinate: se noi prendiamo la sua nota definizione di "legge" («Lex est commune praeceptum, iustum ac stabile, sufficienter

[97] Al volontarismo francescano, in relazione alla *libertas christiani*, scrive delle pagine illuminanti e penetranti Michel Villey nel suo *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris 1975; trad. it. di R. D'Ettore e F. D'Agostino *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1985, pp. 133-224. Ne riportiamo un bel passo, riferito al pensiero di Occam: «Lo specifico di queste speciose "dottrine sociali" sta nel confondere i due ambiti che san Tommaso aveva distinto così bene e nel gerarchizzare l'ambito della vita sovrannaturale e della carità da una parte e quello del diritto e della vita sociale dall'altra. È quello che fa Occam, francescano, che si immerge nelle lotte secolari; egli trasporta sul terreno del diritto modi di pensare elaborati sul terreno della vita spirituale. Come abbiamo appena visto, Occam sposta sulla teoria giuridica della proprietà il suo amore per la vita cristiana e francescana di carattere comunitario; il che lo induce a dare del diritto un'immagine volutamente impoverita e peggiorativa, disegnata dal punto di vista monacale e finalizzata unicamente a che i monaci possano astenersene. Del personalismo cristiano valido solo sul piano sovrannaturale, Occam deduce tutta una filosofia; e rifiuta pertinacemente, quando studia l'ordine naturale delle cose, di togliersi gli occhiali del nominalismo, dell'individualismo, del misticismo. E trasporta nel mondo del diritto la meravigliosa nozione cristiana della libertà, valida per il monaco distaccato dal mondo, ma certamente molto meno valida per gli uomini calati nell'esperienza temporale, per i proprietari, i negozianti, per gli scrocconi, i ladri, per tutti quelli insomma di cui si occupa il diritto. Così la più alta morale cristiana viene finalmente in aiuto degli egoismi scatenati nel disordine medievale. Occam usa come pietra angolare del diritto proprio la nozione meno adatta ad esercitare questa funzione, quella della "potestà", quella della libertà» (pp. 220-1).

promulgatum»[98]), facilmente ritroveremmo nelle pagine tommasiane del trattato *De Lege* ciascuno degli elementi di cui si compone. La legge è sicuramente un precetto; è un " praeceptum commune"[99], nel senso che ha carattere di generalità; non v'è dubbio alcuno sul fatto che debba essere giusta, altrimenti «iam non erit lex, sed legis corruptio»[100]; ha carattere di stabilità, al punto tale che Tommaso ritiene che *ogni* cambiamento della legge comporti di per sé una menomazione del bene comune[101]; dev'essere promulgata[102]. Pertanto tutti gli elementi della definizione di Suarez sono presenti nell'opera di Tommaso; eppure la definizione della "legge" che ci propone l'Aquinate suona molto diversa da quella di Suarez: «Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata»[103]. Scompare nella definizione suareziana il riferimento al bene comune, mentre ne viene mantenuto soltanto l'aggettivo *commune*, e scompare la *rationis ordinatio*, che viene rimpiazzata dal *praeceptum*. Quantunque gli elementi siano tratti dall'opera dell'Angelico, la legge appare essere in Suarez una realtà diversa – e, ci pare di aggiungere, più povera - rispetto a quella tommasiana. È assai significativo che scompaia il riferimento al fine cui la legge tende, cioè il bene comune, e che, quasi per immediata conseguenza di questa mancanza, venga altresì meno il ruolo della ragione nell'ordinare al fine. Ecco che la legge diviene un "precetto", termine che neppure compare nella definizione tommasiana. Ci sembra, insomma, che, più che di una fedeltà di *spirito* rispetto all'opera dell'Aquinate, si possa parlare soltanto di una fedeltà di *lettera*. Ma è quanto cercheremo di mostrare nel prosieguo del nostro discorso.

Il tema centrale della riflessione suareziana ci sembra essere quello della *libertà*. Incombe come un macigno sopra la testa di Suarez il *De servo arbitrio* di Lutero, contro il quale il pensatore di Coimbra doveva impiegare tutte le proprie risorse intellettuali. La dottrina di Tommaso non doveva sembrargli particolarmente utile ai suoi scopi. L'azione, infatti, può dirsi autenticamente morale quando essa è libera. Suarez vede

---

98 F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. 12, § 5.
99 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 96, a. 1, ad 2um.
100 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 95, a. 2, resp.
101 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 97, a. 2, resp.
102 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 90, a. 4.
103 Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 90, a. 4, resp.

nella dottrina tommasiana delle *inclinationes*[104] un residuo naturalistico da eliminare: le *inclinationes* non possono dirsi autenticamente "leggi", ma devono essere considerate soltanto come dei *condizionamenti* non vincolanti, perché, al contrario, l'azione umana non potrebbe dirsi libera, quindi autenticamente morale[105]. Perché l'azione sia autenticamente libera, l'obbligazione deve provenire in qualche modo dall'esterno di noi. Se, infatti, le obbligazioni vengono dall'interno di noi stessi, come le *inclinationes*, l'uomo non compie alcun atto di libertà, perché si lascia guidare dai propri condizionamenti naturali, dal determinismo della natura. Insomma, o l'atto morale è libero – ed in tale caso l'obbligazione è a noi esteriore (Suarez non poteva conoscere ancora l'idea rousseauviano-kantiana della libertà come "autonomia") -, oppure l'atto morale è preda del determinismo della natura – e quindi non è più né libero, né morale. Perché la moralità dell'uomo possa essere autentica, e quindi l'azione umana possa essere libera, deve essere preservata nella sua "purezza", libera da qualsiasi influsso naturalistico. Ci troviamo, insomma, agli albori della grande dicotomia moderna tra morale ed essere, che, trovando poi molte coloriture, diverrà la dicotomia tra interiorità ed esteriorità, tra dover-essere ed essere, tra pensiero e natura.

È qui interessante rilevare come molto, se non tutto, della concezione tommasiana della libertà sia andato perduto. In Tommaso, la libertà umana non può essere in alcun modo sottratta alla *necessità* che lega l'uomo al fine: non *nonostante* questa necessità, bensì proprio *in ragione di tale necessità*, l'uomo è libero. La libertà umana (il libero arbitrio, per essere più precisi) è declinata nel senso della scelta di *ea quae sunt ad finem*, ma proprio in ragione della sua tendenza appetitiva al fine ultimo, che non può essere adeguato dai *bona particularia,* l'essere umano si pone di fronte all'oggetto con la libertà di chi può scegliere senza essere necessitato dall'oggetto particolare della scelta. La libertà è figlia della necessità: diversamente, essa sarebbe impossibile. Tale dottrina

---

[104] Sulla dottrina delle *inclinationes*, cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, q. 94, a. 2, resp. Per essere precisi, neppure per Tommaso le *inclinationes* sono propriamente "leggi". Tuttavia, vi è un legame molto stretto con la legge naturale, dal momento che quest'ultima passa attraverso le diverse dinamiche che animano l'essere umano. In tal senso, essa è il riconoscimento e la costituzione in regole d'azione di questi movimenti.

[105] Su questo punto seguiamo l'interpretazione di Michel Bastit, *La naissance de la loi moderne*, PUF, Paris 1990, pp. 305-333.

non sembra avere molto séguito nel Gesuita spagnolo. Egli vede due blocchi tra loro contrapposti: la morale, di cui occorre preservare la libertà, e la natura, soggetta al determinismo. Non è possibile fondare la morale nell'ambito dell'essere, perché ciò significherebbe soccombere al determinismo naturale[106]. Forse ci spingiamo un po' troppo oltre il dettato suareziano, il quale è estremamente prudente, sino a rasentare l'indeterminatezza, ma ci sembra che tale sia il senso complessivo del suo pensiero.

Identificando l'essere proprio dell'uomo con il suo essere libero, cioè con la dimensione della morale, egli è costretto a porre la legge nell'obbligazione esteriore, per preservare la "purezza" dell'agire morale, perciò libero, dell'uomo. Non vi può essere libertà se non obbedendo ad un comando esteriore. L'oggetto della scelta dell'uomo non è più, come in Tommaso, questo o quel bene particolare, ma è il contenuto di un comando. È chiaro, a questo punto, che Suarez abbraccia una concezione indifferentista della libertà umana: l'uomo si pone di fronte alla scelta di dire "sì" o "no" rispetto ad un comando impostogli, ma, venendo meno ogni considerazione del fine, venendo meno la *necessità* del fine che trascende e supera quest'atto particolare di scelta, quest'ultima trova la sua unica ragion d'essere nel non essere impedita, senza alcuna considerazione rispetto al valore assiologico dei beni che sono oggetto della scelta stessa.

Precedentemente, abbiamo proposto nel pensiero dell'Aquinate due modelli intepretativi a proposito della struttura delle leggi: un modello partecipativo e un modello proporzionale. In Suarez non v'è dubbio – a nostro avviso – che sia il primo a

[106] Per tale ragione, non è possibile parlare se non *metaforicamente* di una legge che non riguardi le creature razionali, per il semplice fatto che una tale legge non può essere obbedita o disobbedita. La legge che Suarez chiama "naturale", che non corrisponde alla legge naturale tommasiana, ma che è «ciò che conviene a tutte le cose secondo le loro inclinazioni naturali, poste in esse dall'Autore della natura», è legge soltanto in una «accezione metaforica». Infatti – aggiunge Suarez - «le cose, che mancano di ragione, non sono propriamente capaci di avere una legge, perché non possono obbedire. Quindi l'efficacia dell'azione divina e la necessità naturale, che ne deriva in queste cose, è detta legge per metafora». Poco oltre: «Sotto questo significato [metaforico] l'inclinazione naturale è solita essere detta col termine di "legge"». Assai significativo è che dall'analogia di proporzionalità tommasiana si passi alla *metafora*. Cfr. F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. I, § 2; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, pp. 18-19. Altrove ritroviamo il medesimo rilievo: «Gli animali irrazionali non sono propriamente capaci di ricevere la legge, perché non hanno né ragione né libertà, e pertanto la legge naturale non può essere loro attribuita se non per metafora». Cfr. F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. III, § 8; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 53.

ricevere il suo favore. Già abbiamo posto l'attenzione sul titolo dell'opera sulle leggi del pensatore di Coimbra, in cui compare il riferimento al *Dio legislatore*: il Dio legislatore funge da modello di riferimento per ogni legislatore umano. La legge, separata dal fine e quindi dalla volontà, in quanto quest'ultima è incardinata nell'ordine dell'essere, viene ad essere un *potere*. E non deve stupire se il modello di riferimento è Dio stesso, l'onnipotenza di Dio che crea le cose *ex nihilo*: allo stesso modo, il potere del legislatore umano crea *ex nihilo*, non già le cose, ma le obbligazioni sulle cose. La legge, da *ordinatio ad bonum commune*, diventa *praeceptum*, comando di un superiore nei confronti di un inferiore, secondo il funzionamento del modello partecipativo per il quale ciascuna legge promulgata da un inferiore è tale in quanto partecipa in qualche misura dell'essere della legge promulgata dal superiore, in ordine ascendente fino ad arrivare all'onnipotenza del Dio creatore. La tensione al fine, che costituiva il *proprium* del modello proporzionale, viene meno. La considerazione del fine, che sola garantisce l'ancoraggio ontologico della legge nel modello proporzionale, e la ragione umana, che promuove la ricerca degli *ea quae sunt ad finem* e che fa della legge una *ordinatio rationis*, sembrano lasciare il campo ad una concezione schiettamente volontaristica della legge, che vede nella *volontà* del legislatore la condizione sufficiente al suo darsi. Occorre rimarcare ancora una volta il fatto che la volontà, separata dal fine e dalla ragione, non può essere la medesima volontà che san Tommaso ha in mente. Quando noi leggiamo nell'opera di Suarez il termine *volontà*, dobbiamo intenderlo nel senso di *potere*. La legge, per Suarez, è opera della volontà in un senso assai diverso da quello per cui lo è per Tommaso: la legge è un potere del legislatore. Emerge in Suarez questo concetto, quello cioè di "potere", che tanta fortuna dovrà avere nella modernità giuridico-politica: il Dio onnipotente e legislatore di Suarez, che crea *ex nihilo*, ben presto, in un contesto ormai secolarizzato, diventerà il dio mortale di Hobbes o la divina *volonté générale* di Rousseau.

Alla luce del chiarimento – a nostro avviso necessario – sul significato che dovremmo attribuire al termine *volontà* nel contesto dell'opera suareziana, è opportuno chiederci, dunque, con le parole dello stesso Suarez, «se la legge sia un atto dell'intelletto o della volontà». Suarez risponde in svariati luoghi della sua opera. Ed è a

nostro avviso più utile cercarne la risposta in luoghi diversi da quel capitolo che è specificamente dedicato a tale questione, dove il pensiero del Gesuita non ci fornisce una risposta chiara, teso com'è a proporre riferimenti su riferimenti a decine di autori diversi nel tentativo di conciliare dottrine difficilmente conciliabili. In un passo del IV capitolo, Suarez sostiene che l'intelletto è solo un mezzo di comunicazione attraverso cui la volontà è efficacemente esercitata (una sorta di *conditio per quam*), ma la legge non ha direttamente a che fare con esso quanto alla sua costituzione. Come infatti osserva opportunamente Michel Bastit, «entre ces deux actes de la raison qui juge et de la volonté qui veut il n'y a aucun lien [o, quantomeno, non vi può essere alcun legame *necessario*], sinon la volonté serait determinée par le jugement et donc necessitée et non libre»[107]: la dottrina suareziana della libertà non può che portarci a tale conclusione. Scrive Suarez: «È richiesto solo che il legislatore indichi, manifesti o intimi quel suo proprio decreto e giudizio ai sudditi, ai quali si riferisce la legge stessa. […] E che questo sia sufficiente è evidente, perché *la volontà del principe è di per sé efficace; infatti deriva da un potere sufficiente e è data, come si suppone, con un decreto assoluto; dunque se quella è sufficientemente proposta al suddito, opera ciò che vuole*»[108]. Non solo quindi la volontà del principe è sufficiente perché si abbia la legge, ma tale volontà, in quanto sufficiente, è assoluta, cioè valida a prescindere da qualsiasi considerazione valoriale sul contenuto della legge stessa. L'essenza della legge è la volontà – o meglio, il *potere* – del principe, null'altro. Osserva a tale proposito Ottavio De Bertolis, traduttore del trattato suareziano, in una nota a margine del testo: «Va notato in particolare l'aggettivo "assoluto": per Tommaso solo Dio può definirsi tale, ma qui siamo ormai in un quadro che secolarizza principi teologici (in particolare l'onnipotenza divina) attribuendoli non al divino Legislatore, ma […] al legislatore umano». Conclude Suarez poco oltre: «dopo il predetto atto di volontà, nel legislatore si richiede solo un atto dell'intelletto, che è necessario per parlare al suddito di tale cosa o

[107] M. Bastit, *La naissance de la loi moderne*, PUF, Paris 1990, p. 315.
[108] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IV, § 11-12; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, pp. 77-8 (corsivo nostro).

decreto»[109]. Val proprio la pena di applicare a queste considerazioni sulla legge l'antico adagio *forma dat esse rei*: il puro potere del legislatore crea dal nulla l'obbligazione, senza alcun riferimento ad alcun ordine valoriale preesistente. L'essere della legge è dato, per spingerci nella metafora teologica, dal nulla con il solo potere del legislatore. La legge è, nella sua essenza, puro potere, pura forma.

È peraltro interessante rilevare come il termine "ordine", *ordo*, che sopra abbiamo richiamato, muti di significato nelle pagine suareziane: dall'*ordinatio ad bonum commune* di tommasiana memoria, si passa all'accezione, a noi, eredi della modernità, ben più familiare, di "comando", *iussum*. Scrive Suarez: «La sola onestà o giustizia dell'azione non è sufficiente alla costituzione della vera e propria obbligazione della legge, e allo stesso modo, sebbene nell'emanare quelle leggi sia necessaria la prudenza, e dunque debbano essere ascoltati i pareri delle persone sapienti, tuttavia quelli non sono sufficienti a costituire la legge senza la volontà di colui che ha il potere di emanarla: la legge riceve forza ed essenza di legge da questo potere»[110]. Da notare pure come il termine "volontà" venga qui sostituito con *potestas*, "potere": stiamo assistendo ad un lento, ma del tutto evidente, slittamento dal vocabolario classico al vocabolario moderno.

Messo in luce il carattere solo formale della legge, occorre quindi considerarne il suo carattere materiale, cioè il particolare contenuto per cui una legge possa dirsi giusta. Del resto troviamo nella definizione suareziana, che sopra abbiamo richiamata, il fatto che la legge debba essere un «praeceptum *iustum*». Ora, nella definizione offerta da Tommaso il termine "giusto" neppure compare, perché è tanto implicito nella sua definizione di legge che questa debba necessariamente essere giusta che non c'era bisogno di esplicitarlo. Non solo, ma la stessa espressione "legge ingiusta" suona agli orecchi di Tommaso come contraddittoria. Infatti, una legge non può propriamente dirsi "ingiusta" e nel contempo essere "legge": una legge ingiusta non è una legge *simpliciter*. Non "lega", appunto, al bene comune.

---

[109] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IV, § 14; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 79.

[110] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. VIII, § 10; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 151.

La questione si pone in termini assai diversi in Suarez. Nel pensatore di Coimbra abbiamo visto che l'essenza della legge non è quella di ordinare al bene comune, bensì quella di essere un *praeceptum*. L'essenza della legge è solo formale. Il requisito materiale della giustizia deve venire, in qualche modo, dall'esterno della legge stessa, oppure essere da lei stessa creato. In altre parole, il potere o si applica esternamente ad un contenuto giusto già presupposto come tale, oppure crea esso stesso il contenuto giusto. Questi sono i termini della questione propostici da Suarez: «La legge riguarda sempre un atto buono, o perché lo suppone buono, o perché lo rende tale»[111]. In entrambi i casi si rende manifesto il problema dell'intero discorso suareziano sulle leggi e, più in generale, sul diritto: la legge in quanto potere, la "legge forma", si contrappone al contenuto della legge, alla "legge materia", in una sorta di dualismo difficilmente risolvibile con gli elementi della sua dottrina. Anche laddove l'atto è *intrinsece bonum*, quell'atto non è obbligatorio fintantoché non è posto dalla legge, dalla quale solamente può derivare per l'uomo ogni sorta di obbligazione. Non è quindi obbligatorio l'atto in sé, ma la fonte dell'obbligazione è la legge che lo pone come obbligatorio; solo secondariamente, e per conseguenza di ciò, anche l'atto diviene obbligatorio. Argomenta Suarez: «Infatti gli atti che sono comandati da una legge a volte si suppongono buoni e onesti di per sé, e per mezzo della legge ricevono solamente la necessità e l'obbligo, poiché prima erano solo volontari e la loro omissione non era cattiva; ma, una volta data la legge, la loro omissione diviene cattiva, e l'atto diviene necessario per l'onestà morale»[112]. Potremmo rovesciare il discorso di Suarez e dire che nemmeno l'atto *intrinsece malum* è di per sé obbligatorio fintantoché non è posto dalla legge che lo rende tale. Non crediamo di forzare troppo il dettato suareziano se diciamo che non è proibito ammazzare la gente per le strade se non vi è una legge che lo vieta. Il formalismo suareziano - cioè la considerazione della legge in quanto *separata* dall'essere, la considerazione della legge in quanto *separata* da un concreto ordinamento di pratiche e di rapporti, la considerazione della legge in quanto *separata*

[111] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IX, § 5; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 159.
[112] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IX, § 5; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 159.

dal fine, la considerazione della legge come mero potere *separato* dalla volontà -, raggiunge l'apogeo.

In questo caso abbiamo visto operare la legge come una sorta di involucro superiore, che abbraccia un certo contenuto buono e lo rende tale. Quando, invece, non abbiamo a che fare con un contenuto *intrinsece bonum*, per Suarez abbiamo a che fare con *atti indifferenti*. Ed è a proposito di questi ultimi che viene in luce, ancora una volta, la mancanza di ogni considerazione finalistica quanto alla legge, frutto di un mancato ancoraggio della legge all'essere e alla finalità immanente della realtà che essa è chiamata a regolare. Scrive Suarez: «Ogni tanto la legge è emanata per un'azione in sé indifferente, come portare o non portare addosso armi in un determinato luogo o tempo, e cose simili, e allora l'atto diviene buono sia per l'efficacia sia per il fine della legge»[113]. L'unico riferimento al fine in questo passo è a quel fine che la legge stessa *si dà*, non al fine immanente di una qualche realtà che la legge è chiamata a regolare. Nel caso degli atti indifferenti la legge *crea*, non solo l'obbligazione, ma anche la bontà dell'atto. Ora, viene da chiedersi: che cosa sono gli "atti indifferenti"? In Tommaso sono quegli atti che non sono né *boni ex genere*, né *mali ex genere*[114]. Ora, sarebbe un grave errore intendere gli atti indifferenti, nel pensiero di Tommaso, come se si trattasse di atti assiologicamente neutrali. Si tratta, infatti, di quegli atti che, considerati astrattamente, non dicono né ordine né opposizione al fine dell'uomo e al fine della città. Per esempio, mangiare il prosciutto o l'insalata sono azioni, in questo senso, indifferenti, ma, se, poniamo, per ragioni di salute non posso mangiare la carne, è chiaro che l'azione "mangio il prosciutto" viene ad essere un'azione cattiva. Per l'individuo che compie quest'azione, non è affatto indifferente, nel senso di "neutrale", l'una cosa piuttosto che l'altra. Allo stesso modo, è solo nel contesto della città che un certo atto, astrattamente considerato come "indifferente", acquista valore e significato. Non è, insomma, la mancanza di fine che caratterizza questi atti, ma la necessità che essi vengano inseriti in un determinato contesto valoriale, all'interno del quale essi ricevono senso e significato. È chiaro, poi, che, all'interno della città, vi sono atti che hanno maggiore e minore

[113] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IX, § 5; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 159.
[114] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 92, a. 2, resp.

importanza, maggiore o minore valore: portare a cento giorni, anziché novanta, i termini per la presentazione di una querela è una disposizione che ha un valore assai relativo rispetto al bene comune della città, ma non possiamo considerare tale disposizione come "indifferente" perché manca il fine, ma perché, proprio in relazione al fine della città, assume un'importanza assai ridotta. Suarez, al contrario, interpreta gli atti indifferenti prescindendo da qualsiasi considerazione del fine: indifferenza significa pura neutralità. In tale contesto la legge *crea* l'atto buono per il semplice fatto di prescriverlo. Scrive altrove Suarez che, proprio in ragione degli "atti indifferenti", deve essere attribuita una priorità della volontà sull'intelletto: «La forza di obbligare è propriamente nella volontà e non nell'intelletto; infatti l'intelletto può solamente mostrare la necessità, che è nello stesso oggetto; ma se in quello non c'è, non può attribuirgliela; ma la volontà conferisce la necessità, che non era nell'oggetto, e fa in modo che, ad esempio, in materia di giustizia, abbia questo o quel valore, e, in materia delle altre virtù, che qui e ora sia necessario agire in un certo modo, che per altri motivi non sarebbe di per sé necessario»[115].

In definitiva, la legge ha in Suarez valore *creativo*, o dell'obbligazione, o della stessa bontà dell'atto che, appunto in forza della legge, diventa buono. In un altro luogo Suarez non fa nemmeno più distinzione tra la creazione dell'obbligazione all'atto e la creazione dell'atto stesso: «Si può capire come sia difficile designare un atto dell'intelletto che sia legge; ma nella volontà facilmente si trova. Infatti, la volontà che il superiore ha di obbligare il suddito a tale atto o (il che è lo stesso) di creare un oggetto nei termini necessari alla virtù, riceve in modo molto appropriato la denominazione di legge. [...] Infatti niente che venga prima di tale volontà può avere forza di legge, in quanto non può indurre alcuna necessità»[116].

Il pensiero di Tommaso è assai distante da tutto ciò. Che la legge abbia la funzione di creare *ex nihilo* il diritto, è, per l'Aquinate, semplicemente inconcepibile. Il divario tra il pensiero di Tommaso e quello di Suarez è il divario tra due mondi, quello

[115] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. V, § 15; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, pp. 92-3.
[116] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. V, § 16; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 93.

di Tommaso, il quale pensa e vive nel seno di un concreto ordinamento che ha tutto il riguardo di preservare nel cercarne l'intima razionalità, e quello della modernità, che avanza con le proprie pretese fondazionalistiche. Scrive assai opportunamente Grossi: «Se v'è un concetto logicamente estraneo alla *iurisdictio* [medievale] è la creazione del diritto: "dire" il diritto significa presupporlo già creato e formato, significa esplicitarlo, renderlo manifesto, applicarlo, non crearlo»[117]. Il diritto, per Tommaso, non presuppone l'atto buono alla maniera di Suarez, come un residuo intellettualistico di cui il potere del legislatore si sbarazzerà molto presto, né tantomeno lo crea, bensì lo *scopre*. *Il diritto è un'esperienza che si fa*.

Il diritto e la legge in Tommaso e in Suarez

Abbiamo visto come in Tommaso il diritto sia propriamente una *res iusta*. L'interpretazione della struttura delle leggi secondo il modello interpretativo che abbiamo chiamato *proporzionale,* in quanto è basato sull'analogia di proporzionalità, ha consentito all'Aquinate di preservare la specificità di ogni realtà nel suo tendere al proprio fine immanente. Così la realtà della città, e il fine cui essa tende, non sono altro che il diritto, inteso come concreto ordinamento di pratiche e di rapporti avente natura *obiettiva*: *ius obiectum iustitiae*. La legge acquista senso e significato in questo contesto.

Ben diversa è l'impostazione di Suarez, dove è pressoché assente il modello proporzionale in funzione di un'interpretazione delle leggi secondo il modello *partecipativo*: ogni legge deriva il proprio essere dall'essere del superiore, fino ad arrivare a Dio, legislatore supremo del mondo. La secolarizzazione di questo concetto ha portato, in ragione di una assolutizzazione del modello partecipativo, ad estendere al legislatore umano le proprietà del Legislatore divino: la Sua onnipotenza, la Sua assolutezza. La legge umana, in tale contesto, *crea* dal nulla l'obbligazione, la quale non è più inerente all'oggetto, all'atto stesso come *res iusta*, ma viene, in qualche modo, calata dall'alto, *superaddita*. Assistiamo, insomma, al venir meno di un duplice legame: del diritto (e quindi anche della legge) con il fine e del diritto con la cosa.

[117] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1996, p. 131.

L'interpretazione che abbiamo avanzata a proposito di ciò risiede nella considerazione della libertà umana proposta da Suarez, che lo ha condotto a *separare* la morale dall'essere per garantire all'agire morale dell'uomo la libertà di contro al determinismo della natura.

Ora, dobbiamo ancora una volta incoraggiare alla prudenza nella lettura dei testi suareziani, che – come abbiamo rimarcato più volte – tentano una conciliazione tra dottrine tra loro difficilmente assimilabili. Pertanto, non possiamo negare che Suarez richiami la questione 57 della *Secunda Secundae*, citando un passo dell'Angelico prossimo a quello in cui quest'ultimo definisce il diritto come *res iusta*[118], ma lo fa *en passant*, quasi in sordina, mentre si richiama all'autorità di qualche decina di altri autori che propongono diverse etimologie del termine *ius*. È quindi la stessa prudenza a suggerirci che una tale considerazione non trova spazio nel prosieguo del discorso di Suarez. E non può trovare spazio alcuno, perché glielo impediscono le stesse coordinate concettuali del suo pensiero.

Che cosa significa, dunque, "diritto" per Suarez? Non c'è dubbio che esso significhi essenzialmente la legge («Ius legem significari»[119]). Non occorre spendere molte parole per denunciare l'impoverimento che il concetto tommasiano di diritto ha dovuto subire per finire ad essere identificato con la legge: la vita del diritto, la complessità dell'esperienza giuridica risolte in formule, in *praecepta*. Non c'è dubbio, infatti, che anche la *res iusta* possa trovare spazio nella dottrina suareziana, solo a patto, però, di venir meno alla *sostanza* del pensiero tommasiano. Come abbiamo rilevato all'inizio di questo capitolo, chiunque parli di diritto, volente o nolente, deve tenere in considerazione tre elementi, tra i quali figura anche la *res iusta*. Si tratterà però, nel caso di Suarez, di una *res* completamente depauperata, non illuminata dalla ragione che ne rivela una certa *proportio ad alterum*, ma ridotta a mera condizione fattuale di applicazione della legge, ridotta a fattispecie normativa. La *res iusta* diviene una cosa bruta, morta, decaduta al rango della mera materialità, della nuda fattualità.

Una conseguenza estremamente importante di tale approccio suareziano, che

[118] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. II, § 4; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, p. 31.
[119] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. II, § 6.

tornerà utile nel comprendere il pensiero della modernità cui il teologo di Coimbra apre prepotentemente, è la contrapposizione tra l'essenza della legge, costituita dal fatto di essere posta dal potere di un legislatore, e la legge in quanto deve essere dotata di un determinato contenuto giusto. La legge-forma, da un lato, e la legge-materia, dall'altro. Separata da un concreto ordinamento, la mera distinzione tra la validità formale della legge e la sua validità materiale, assume i caratteri di una vera e propria dicotomia tra opposti *principi*: principio di validità formale e principio di validità materiale. Quale dei due deve avere la precedenza sull'altro? Tale dicotomia assumerà i contorni della morale contro la legge, dell'interiorità contro l'esteriorità, del contenuto contro la forma. Il riduzionismo di Hobbes o di Rousseau tenterà di porre rimedio a questa dicotomia risolvendo l'un principio nell'altro. Suarez, al contrario, ci sembra ondeggiare tra l'una e l'altra sponda senza sapere come risolvere la questione, che è pure la questione del rapporto tra diritti soggettivi, in quanto *poteri morali* che determinano certi contenuti, e la legge in quanto *potere politico* puramente formale, che si pone in ragione della sua nuda effettività.

Infatti, la legge non è l'unica accezione del termine e del concetto di "diritto" che Suarez ci propone. Ve n'è un'altra, che tanta fortuna dovrà avere nel futuro del pensiero giuridico-politico dell'Occidente, di cui trattiamo nel prossimo paragrafo.

Diritto e diritti soggettivi in Tommaso e in Suarez

Chiamiamo "diritto soggettivo" ciò che al principio di questo capitolo abbiamo chiamato "facoltà". L'impiego del termine "diritto soggettivo", infatti, ci sembra più consono al linguaggio contemporaneo, anche se dobbiamo precisare che il termine per indicare questo concetto è, in Suarez, *moralis facultas*. Il diritto soggettivo, infatti, può essere, ed è stato in effetti concepito nei modi più disparati nella storia del pensiero giuridico-politico. Certo la *moralis facultas* non è il *right* hobbesiano, meccanicisticamente inteso, ancorché vi sia un terreno comune che li unisce, in quanto sono entrambi intesi come una proprietà interna del soggetto.

Ora, vi è chi nega l'esistenza di diritti soggettivi nella dottrina dell'Aquinate. Tale è, ad esempio, il pensiero di Michel Villey, il quale parla apertamente di «Inexistence

des droits de l'homme dans l'antiquité»[120]. Non v'è alcun dubbio che nell'opera di san Tommaso non via una specifica tematizzazione di questo argomento. Tuttavia, ciò non significa che non vi possa essere compatibilità tra la concezione tommasiana del diritto e l'accezione del diritto come *facoltà*, o diritto soggettivo. Osserva - a nostro avviso, opportunamente - Brian Tierney che, pur dovendosi ammettere che Tommaso non sviluppò mai una esplicita e sistematica dottrina dei diritti soggettivi, egli non sembrava avere alcuna difficoltà ad impiegare il termine *ius* in senso soggettivo, secondo, evidentemente, il costume del suo tempo: «Quando Tommaso nella *Summa theologiae* scriveva senza porvi mente, e seguendo l'uso comune del suo tempo, usava la parola *ius* in senso soggettivo, in frasi come *ius dominii* (2.2ae.62.1), *ius possidendi* (2.2ae.66.5) o *ius praelationis* (2.2ae.69.1)»[121].

A noi pare, da una lettura attenta dei testi di Villey, che egli non neghi affatto l'esistenza dei diritti soggettivi in san Tommaso, ma che, piuttosto, ritenga necessario concepirli *ad mentem S. Thomae*, vale a dire in un modo assai diverso rispetto a quello in cui li intende la modernità. Pertanto, l'inesistenza dei diritti soggettivi in Tommaso, per lo storico e filosofo del diritto francese, significa semplicemente l'inesistenza dei diritti soggettivi *moderni*. In Suarez, noi troveremo un concetto di "diritto soggettivo", di *moralis facultas* nel vocabolario suareziano, che apre prepotentemente alla modernità: ecco che la contrarietà del filosofo francese si rivolge non alla facoltà in quanto tale, bensì all'accezione *soggettivistica* che essa assume negli autori della

---

[120] M. Villey, *Les droit e les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983, pp. 81-104. Condividono questa tesi, pur secondo prospettive, differenti Leo Strauss, Ernest Fortin e Michael Zuckert. Cfr. L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1953 [1950]; E.L. Fortin, *Classical Christianity and Political Order*, in Id., *Collected Essays*, vol. III, Rowman and Littlefield, Lanham-New York-London 1996. Contrari invece alla prospettiva villeyana sono John Finnis e Brian. Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York 1980; J. Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford-New York 1998; B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997; trad. it. di V. Ottonelli *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, a cura di A. Melloni, il Mulino, Bologna 2002. Per un'idea sull'argomento, è molto utile la discussione, cui partecipano tra gli altri John Finnis, Brian Tierney e Michael Zuckert, apparsa in *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.

[121] B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta 1997; trad. it. di V. Ottonelli *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, a cura di A. Melloni, il Mulino, Bologna 2002, p. 43.

modernità.

Ciò che ci pare necessario porre in rilievo è che, nel pensatore d'Aquino, la *facoltà* è strettamente legata alla cosa. Non è possibile concepire la facoltà, al pari della legge, indipendentemente dalla *res iusta*, che costituisce – come abbiamo più volte rimarcato – l'analogato principale del diritto. In altri termini, tanto la legge quanto la facoltà sono concetti astratti che possono essere concepiti solo alla luce del concreto che è il diritto nel suo significato primo e fondamentale di *res iusta*. Questo è il punto centrale. Abbiamo sopra richiamato un passo della *Contra Gentes* in cui san Tommaso, quasi a prevedere il destino che la facoltà avrebbe avuto nella modernità e il ruolo che avrebbe giocato nei sistemi giuridico-politici nati nel suo seno, afferma con limpida chiarezza che nessuna pretesa individuale, per quanto lecita, entra nella sfera del diritto se non attraverso la mediazione della *res iusta*. La *pura* facoltà di possedere questo campo di terra, per esempio, *separata* dalla cosa che, sola, può rivelare la giusta *proportio* di quel bene rispetto al fine rappresentato dal bene comune della comunità politica, non entra nell'ambito del diritto, ma appartiene, semplicemente, all'economia. «Iustitia non consistit circa exteriores res quantum ad facere, quod pertinet ad artem, sed quantum ad hoc quod utitur eis ad alterum»[122]. Non esiste, insomma, una facoltà, che abbia natura originariamente giuridica, che aderisca, per dir così, immediatamente alle cose esteriori. In tal caso, infatti, le cose verrebbero ad essere semplicemente delle condizioni materiali per l'applicazione di una certa pretesa già giuridicamente vincolante. La *res iusta*, in cui consiste il diritto, decadrebbe a cosa bruta, gretta materialità. Al contrario, in Tommaso la facoltà di *usare*, di disporre delle cose è un astratto di cui la *res* è il concreto: noi non possiamo concepire la facoltà se non nella sua relazione con la *res iusta*. Così, per arieggiare la terminologia severiniana, possiamo distinguere una facoltà come concetto *concreto* dell'astratto e la facoltà come concetto astratto *simpliciter*.

Ora, che la facoltà, concepita come astratta, non possa avere valore giuridico emerge da due notazioni fondamentali, che derivano dalla considerazione della *res iusta* nel significato attribuitole da Tommaso. La *res iusta* è una *proportio ad alterum*. Perché si dia proporzione occorrono due termini: la facoltà è il *motivo* della proporzione o

[122] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 3, ad 3um.

dell'uguaglianza visto dal punto di vista del soggetto creditore, vale a dire il titolo giuridico che noi abbiamo su qualcosa; il dovere è, al contrario, il motivo della proporzione visto dal punto di vista del soggetto debitore. Per tale ragione, riteniamo che né quello di "diritto soggettivo" (inteso, naturalmente, nel senso richiamato), né quello di "dovere" siano concetti primari del diritto. Il concetto primario di "diritto" è la *res iusta*. D'altro canto, è spesso molto difficile districare diritti (intendo, ovviamente, "diritti soggettivi", "facoltà", per analogia) e doveri nella medesima *res iusta*, in quanto la medesima realtà ci attribuisce doveri nella misura in cui ci attribuisce diritti e ci attribuisce diritti nella misura in cui ci attribuisce doveri. Oneri e vantaggi non sono mai facilmente separabili – e ciò in ragione del loro legame ontologico alla *res iusta*. Scrive a tal proposito molto opportunamente Michel Villey: «Vous faire attribuer par un juge le statut qui vous empêchera de surélever votre maison (*jus non extollendi aedes*) n'est pas pour vous un avantage. Être engagé dans le réseau d'une obligation (*jus obligationis*), en tout cas pour le débiteur, n'est pas benefique. D'une *hereditas* (*jus successionis*) on risque de tirer du passif. Avoir le *jus civitatis* comporte hélas l'obligation de faire son service militaire. Être proprietaires d'un "fonds" est accepter les servitudes dont il est grevé, et de payer l'impôt. La chose implique des devoirs. La situation de chacun est telle à l'interieur du groupe social que son *jus*, la part qui lui revient, est à l'ordinaire un complexe d'avantages et d'inconvénients, de biens et de charges»[123].

La seconda notazione che impedisce di considerare la pura facoltà come avente natura originariamente giuridica consiste nel fatto che, una tale facoltà concepita astrattamente, viene a coincidere con il lecito morale. Ma il lecito morale non è necessariamente alterale. Se manca l'alterità, che è requisito fondamentale per il diritto, manca la *res*, che è, appunto, «proportio *ad alterum*». L'azione "fumo una sola sigaretta al giorno" è sicuramente temperante e moralmente lecita. Ma che cosa ha a che fare con il diritto? "Rimango in casa per non rischiare di peggiorare le mie condizioni di salute" esprime sicuramente un'azione prudente e lecita, ma non c'è traccia di alcuna relazione *ad alterum*. Altra cosa è dire: "Fumo una sigaretta perché la sigaretta è mia, perché l'ho pagata al venditore", oppure: "Rimango in casa perché ho presentato il regolare

[123] M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983, p. 78.

certificato medico al mio datore di lavoro". Queste ultime sono azioni che hanno rilevanza giuridica, ma la loro rilevanza giuridica non è data soltanto dal loro essere lecite, bensì dal loro essere rivolte *ad alterum*.

Per Suarez, al contrario, la *facoltà* è intrinsecamente dotata di valore giuridico. Così, per Suarez, "diritto", oltre a significare "legge", significa anche "facoltà morale", *moralis facultas*: «Et juxta posteriorem et *strictam* juris significationem solet *proprie* jus vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet circa rem suam, vel ad rem sibi debitam»[124]. Non è certo semplice afferrare il concetto di *moralis facultas*, per lo stesso motivo per cui non è semplice afferrare il concetto suareziano di "legge": entrambi costituiscono un *potere*, e il potere è alcunché di puramente formale, di difficilmente semantizzabile, in quanto la sua essenza è il suo stesso porsi, la sua stessa effettività. Il potere – direbbe Schmitt – è qualcosa di *esistenziale*, e noi non possiamo propriamente conoscere se non le essenze. Certo è che dalla caratterizzazione della legge come *potere del legislatore* alla *moralis facultas* come potere del soggetto il passo è breve. Legge e diritto soggettivo sembrano essere come il *recto* e il *verso* della medesima realtà, il potere.

Tuttavia, vi è una differenza fondamentale tra il potere in cui consiste il diritto soggettivo e il potere politico, cioè il potere del legislatore di obbligare i sudditi. Tale differenza è data dalla qualificazione del primo potere come *morale*. La morale viene ad essere concepita essenzialmente come il regno della *libertà*, tema che abbiamo creduto essere il *fil rouge* dell'intera speculazione suareziana. Pertanto, tra la morale e la legge si pone la stessa polarità che vi è tra la libertà e l'obbligazione, tra le pretese del soggetto, che di volta in volta assumono contenuti diversi a seconda delle circostanze, e il corrispettivo dovere, puramente formale, stabilito dalla legge. Tra le due polarità si stabilisce una dialettica non facilmente risolvibile con gli strumenti a disposizione del pensatore di Coimbra, il quale – non dobbiamo dimenticarlo – è sempre proteso alla ricerca di una conciliazione tra la tradizione e le nuove istanze messe in campo dall'aprirsi dell'orizzonte della modernità. Infatti, da un lato la morale fornisce i contenuti (di libertà) alla legge, dall'altro lato il semplice potere morale non può darsi al

[124] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. II, § 5 (corsivo nostro).

di fuori della legge, che però limita quella libertà. Vi è al fondo la contraddizione di ogni "positivismo": più aumenta la libertà, più si ha bisogno della legge che la garantisca; più la legge la garantisce, più limita l'originaria libertà.

Forse ci siamo spinti troppo oltre il dettato suareziano. Per rimanergli più fedeli, occorre dire che il sistema suareziano non risolve questo dualismo, cioè il dualismo tra *potere morale* e *potere politico*, tra *moralis facultas* e *lex*, tra interiorità ed esteriorità, che è il medesimo dualismo – cui abbiamo accennato sopra – tra il principio di validità materiale e il principio di validità formale del diritto. Tale dualismo trae la propria origine dalla rottura con il mondo di san Tommaso, nel quale il diritto era saldamente ancorato alla realtà della città, anzi il diritto non era altro che la realtà obiettiva di quelle pratiche e di quei rapporti *dati* nell'ambito della città.

Considerazioni conclusive sulla morale nel dispiegarsi di un nuovo scenario

Una morale vista come *facultas*, come *potere morale*, viene inevitabilmente a coincidere con la dimensione del lecito. È chiaro a questo punto che si tratta di una morale che, per i fini del diritto, è assolutamente *indeterminata*. Che cosa significa per il diritto che ho il diritto (soggettivo) alla libertà, alla proprietà se poi nel concreto non sono fissati i *limiti* di quei diritti soggettivi? La *res iusta* di tommasiana memoria attribuiva diritti e doveri nella misura in cui essi erano presenti e originariamente ben definiti nella stessa *res iusta*. Non avrebbe alcun senso, nell'orizzonte concettuale di san Tommaso, parlare di un diritto "assoluto" o "illimitato" alla proprietà, perché il diritto che io possiedo di disporre di un certo bene è già originariamente inscritto nel concreto possesso di quel bene, ed è quindi originariamente *limitato*. Non è possibile *separare* vantaggi e svantaggi, benefici e oneri, perché tanto gli uni quanto gli altri appartengono alla cosa stessa, in quanto essa è rivelativa di una certa *proportio ad alterum*. La *res* tommasiana non può essere considerata alla stregua di una mera "condizione materiale", puramente esteriore, per l'applicazione di un diritto, potenzialmente illimitato – e limitato, appunto, solo nei suoi effetti esteriori, nella misura in cui questi hanno a che fare con la materia – avente natura originariamente giuridica.

Al contrario, una morale identificata con il lecito, che si voglia concepire come

originariamente vincolante dal punto di vista giuridico, non può che dar luogo ad un diritto *indeterminato*, giacché nulla ci dice sui *limiti* delle pretese del soggetto quanto ai suoi rapporti con gli altri uomini. Ci permettiamo pure di aggiungere che, certamente, i diritti soggettivi, le *facultates*, hanno come correlati dei doveri corrispondenti. Se ho il diritto alla proprietà esiste in capo ad un altro soggetto il correlato dovere di rispettare il mio diritto. Ma tanto il diritto è indeterminato, quanto lo sarà il dovere. Se quel diritto è in linea di principio illimitato, perciò *indeterminato*, in che modo può essere determinato il corrispondente dovere? Ecco, quindi, che la morale ha necessariamente bisogno della legge. Tra i due poli, tuttavia, cioè tra la morale con le sue pretese di libertà da un lato, e la legge con il suo potere di obbligare dall'altro, vi è un ampio margine per la *prassi politica*: la morale diventa una morale strutturalmente *operativa*, ossia funzionale alla *prassi politica* attraverso la quale le pretese e gli interessi dei soggetti ricevono forza di legge. La morale, in altri termini, si pone quei fini che sono immediatamente contingenti per la salvaguardia di un certo ceto o gruppo sociale. La morale diventa *strumento di pressione*, affinché il legislatore adotti le misure necessarie a tutelare un certo gruppo piuttosto che un altro. La morale groziana si porrà volentieri al servizio della nascente borghesia mercantile olandese, così come quella lockeana si porrà al servizio della causa del parlamentarismo e delle istanze borghesi in esso rappresentate al seguito della "Rivoluzione gloriosa" o "Rivoluzione senza sangue" del 1688, così come la morale che ha prodotto la Dichiarazione del 1789 saprà porsi con profitto al servizio dell'aristocrazia illuminata che si scopre improvvisamente borghese, come il genio del giovane Marx ha ben messo in luce.

Non dovremmo più di tanto stupirci, peraltro, se Hobbes – come vedremo nel prosieguo del nostro lavoro - farà di una tale morale astratta e indeterminata un castello di pure ipotesi destinate a svanire una volta costituitasi l'autorità del sovrano.

Tale morale astratta e indeterminata pretende, nella modernità politica, di avere rilevanza giuridica a tutti gli effetti, salvo poi finire per soccombere all'autorità del sovrano. Il giusnaturalismo moderno è una teoria morale: da qui crediamo nasca la grande dicotomia, assolutamente sconosciuta agli antichi, tra diritto naturale e diritto positivo, visti come due blocchi in sé omogenei perpetuamente in lotta tra loro. Ciò è

dovuto in larga misura a tre motivi di profonda rottura con il pensiero classico. Il primo motivo consiste nella *separazione* della morale (e anche di quella *parte*, sia pure autonoma, della morale che è il diritto) dall'essere. Scrive Suarez: «Tutto ciò che non cade sotto il dominio della libertà, non cade sotto il dominio della legge»[125]. Perché l'azione sia autenticamente morale, occorre essa che sia libera; perché l'azione sia libera, occorre che il precetto sia esteriore, non determinato dalla struttura naturale dell'uomo. L'essenza della legge diventa quindi un comando dato da un superiore nei confronti di un inferiore. Per preservare la "purezza" della dimensione morale dell'uomo, Suarez è costretto a pagare un prezzo assai alto, quello di considerare la legge separatamente dall'essere e, in particolare, da quell'essere determinato che è la realtà del diritto tommasianamente inteso come concreto ordinamento. Il secondo motivo, conseguenza del precedente, consiste nell'astrattezza che una siffatta morale, in quanto *separata* dall'essere, viene ad assumere: la morale diventa una funzione del lecito, un potere del soggetto illimitato e perciò stesso indeterminato. L'altro motivo consiste nella giuridicizzazione della morale e nel conseguente, inevitabile, dualismo che si viene a creare tra la morale e la legge, tra il *potere morale* e il *potere politico*, tra il contenuto e la forma, tra il principio di validità materiale del diritto e il principio di validità formale.

È innegabile – a nostro avviso – che un tale dualismo si presenti nell'opera di Suarez, che è già, a tutti gli effetti, un autore moderno. Egli però – lo ribadiamo – non può risolvere un tale dualismo con gli strumenti della propria dottrina. Si limita a porlo, mentre gli autori successivi (Hobbes in testa) lo risolveranno attraverso un approccio riduzionistico. Di ciò ci occuperemo nel prosieguo.

[125] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I, cap. IX, § 17; trad. it. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008, pp. 170-1.

PARTE SECONDA

IL GIUSNATURALISMO MODERNO COME TEORIA DELLA MORALE

CAPITOLO TERZO

GROZIO: DALLA MORALE COME DIRITTO IMPERFETTO AL DIRITTO COME PERFEZIONE DELLA MORALE

Se, da un lato abbiamo messo in luce come sia Aristotele sia Tommaso vivessero in un concreto ordinamento di pratiche *presupposto*, e che lo scopo precipuo del diritto fosse quello di mantenere una distribuzione dei beni all'interno della comunità politica affinché fosse preservato un certo ordine e una certa armonia, Grozio, al contrario, vive in un mondo lacerato da guerre e da discordie. Niente meglio delle sue stesse parole ce ne può rendere l'idea: «Vedevo che nel mondo cristiano le guerre si conducono con una mancanza di freni vergognosa perfino per popoli barbari; per futili o inesistenti motivi si ricorre alle armi, ogni volta prese le quali viene meno il rispetto per il diritto divino e per quello umano, proprio come se una norma universale autorizzasse ad infuriare in crimini di ogni specie»[126]. Tutta la sua attività di studioso è orientata con cuore sincero a porre fine alle dispute che insanguinavano l'Europa all'alba della modernità. Pertanto, sarà fondamentale leggere l'opera groziana alla luce di questo contesto: Grozio non è un filosofo nel senso stretto, non prende posizione per una corrente filosofica piuttosto che per un'altra (spesso si dice seguace dello Stoicismo, ma non disdegna l'autorità di Aristotele), ma si serve del pensiero dei filosofi nella misura in cui, in essi, trova qualche accordo utile alla sua trattazione. Trattazione che – lo dobbiamo dire a chiare lettere – è tutta orientata a due finalità operative, tra loro strettamente legate: liberare l'Europa dalle guerre e difendere gli interessi della nuova borghesia mercantile[127]. In

[126] Grozio, *Prolegomeni al 'De jure belli ac pacis'*, § 28; trad. it. dei *Prolegomeni* di G. Fassò in *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e libro I*, a cura di F. Arici e F. Todescan, introd. di G. Fassò, CEDAM, Padova 2010, p. 24.

[127] La prima opera giuridica di Grozio, non a caso, è il *De iure praedae* del 1608. Quantunque quest'opera non veda integralmente le stampe che nel 1868, ne fu pubblicato l'anno successivo (1609) un capitolo, il *Mare liberum*, destinato ad avere enorme successo. Qui, infatti, Grozio sostiene una tesi che avrebbe riscosso un'ingente fortuna, cioè che il mare debba essere considerato giuridicamente *libero*, ossia sotto il dominio di nessuno Stato, in quanto il mare non consente divisioni al suo interno. Tale tesi favoriva senza dubbio la nascente borghesia mercantile olandese nella libera estrinsecazione

una battuta, potremmo dire che il fine di Grozio sia riassumibile nell'espressione *pax et commercium*.

Dove troverà Grozio quell'ordine che la realtà che ha davanti ai suoi occhi non gli può offrire? Nella morale, in una natura umana astratta che disegna i contorni di una morale individuale. Grozio sembra non comprendere e rifiutare la tesi aristotelica per la quale il giusto abita *nelle cose stesse*, cioè in un concreto ordinamento di pratiche, mentre afferma che forza, giustizia e temperanza risiedono «nel cuore di ogni uomo». Il giusto abita la ragione dell'uomo, divenuta però una ragione puramente interiore, sganciata dalla razionalità di un concreto ordinamento. Il diritto è «dictamen rectae rationis», secondo la formula classicamente usata, ma la retta ragione non sta più *nelle cose*, ovvero nella natura aristotelicamente intesa; piuttosto è una proprietà interiore dell'uomo: il diritto nasce «ex principiis homini internis».

Assistiamo, insomma, ad una svolta soggettivistica o moralistica del diritto. Agli inizi del I libro del *De jure belli ac pacis*, Grozio sembra contraddire parola per parola lo spirito delle tesi aristoteliche, quantunque sia impegnato a salvaguardarne la lettera. Per esempio, al § III.1, definisce con Aristotele il diritto come "“id quod justum est”, salvo poi rovesciare tale definizione in un'altra, che solo apparentemente è tautologica: «Il diritto è ciò che non è ingiusto». Identificare il giusto con la *res justa*, oppure identificarlo con il lecito morale non è solo una questione di accenti, ma è una differenza sostanziale. Infatti, immediatamente al paragrafo successivo, Grozio ci propone una definizione interamente e compiutamente soggettivistica del diritto: «Il diritto è una *qualità morale* [*qualitas moralis*] per avere o fare qualcosa giustamente.

---

dei suoi commerci marittimi. Viene in mente la grande contrapposizione schmittiana della terra e del mare: il mare non conosce confini territoriali, non vi può essere – nel vocabolario di Schmitt – alcun *nomos* del mare. Siamo qui agli albori di una grande contrapposizione tra due visioni del mondo e del diritto: da un lato l'imperialismo marittimo, l'universale espansione delle forze economiche, che non riconoscono alcun nemico di fronte a sé e per le quali tutto è potenzialmente oggetto di preda, dall'altro il pluralismo irriducibile degli Stati sovrani fondato sul principio di territorialità, pluralismo che rende possibile il reciproco riconoscimento delle persone sovrane e lo stabilirsi di un terreno condiviso, che è nel vantaggio di tutti gli Stati preservare e custodire, costituito dallo *Jus publicum europaeum*. Cfr. C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Klett-Cotta, Stuttgart 1954; trad. it. di G. Gurisatti *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, con un saggio di F. Volpi, Adelphi, Milano 2002; Id., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des 'Jus publicum Europaeum'* [1950], Duncker & Humblot, Berlin 1974; trad. it. di E. Castrucci *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello 'Jus publicum europaeum'*, Adelphi, Milano 1991.

Questo diritto spetta alla persona e non alla cosa. […] La qualità morale perfetta, poi, è chiamata da noi *Facoltà* [*facultas*]»[128]. Altrove, Grozio userà anche i termini *potestas* e *dominium* per indicare concetti assai simili. In ogni caso, il diritto, da *res justa* che era, è diventato un potere, *una potestas,* una *facultas*, un *dominium*.

Ci sembra, tuttavia, che il luogo in cui maggiormente emerge la distanza tra Grozio e lo Stagirita, e quindi tra una concezione del diritto inteso come ricerca del giusto in un concreto ordinamento e una concezione del diritto reso funzionale alla morale individuale, sia il § VIII del I capitolo del I libro del *De jure belli ac pacis*. Qui, infatti, Grozio sembra seguire lo Stagirita nella sua classica distinzione tra "giustizia distributiva" e "giustizia commutativa". Distingue, infatti, tra una giustizia *attributrix* e una giustizia *expletrix*[129] e chiama la prima *jus imperfectum* e la seconda *jus perfectum*, richiamando la distinzione, propria dei giureconsulti romani, tra *leges perfectae* e *leges imperfectae*. Ora, è chiaro che per Aristotele la giustizia distributiva è il primo e fondamentale significato da attribuire alla giustizia particolare: potremmo anche dire che gli altri tipi di giustizia, la correttiva e la commutativa, presuppongono (nel senso che non possono violare) una sana ed equa distribuzione dei beni e delle cariche tra i cittadini. Questa è l'accezione primaria del *dikaion politikon*. Ora, Grozio sembra ribaltare la questione: la giustizia distributiva – sostiene l'Olandese – non è vero diritto, è soltanto uno *jus imperfectum*, perché non dà origine ad un diritto esigibile. Il semplice fatto che mi venga assegnato un bene, non significa affatto che tale bene sia esigibile. Manca, in altri termini, lo *jus vindicandi*, che si esercita nei tribunali. È chiaro che Grozio concepisce l'accezione distributiva della giustizia fuori da un concreto ordinamento di pratiche, che rendono la giustizia distributiva - in Aristotele -, giustizia a tutti gli effetti (anzi, il primo e fondamentale significato della giustizia). In altri termini, Grozio identifica, falsificando il pensiero dello Stagirita, la giustizia distributiva con lo

[128] Grozio, *De jure belli ac pacis*, libro I, cap. I, § IV; trad. it. di F. Arici *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e libro I*, a cura di F. Arici e F. Todescan, introd. di G. Fassò, CEDAM, Padova 2010.

[129] Della distinzione tra *justitia attributrix* e *justitia expletrix* in Grozio si occupa anche N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1945, pp. 108-110 e più diffusamente nel capitolo dedicato a Grozio ne *Le origini del giusnaturalismo moderno e il suo sviluppo nel secolo XVII*, Tagliapietra, Padova 1946, ora in Id., *Il giusnaturalismo moderno*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2009, pp. 19-51.

jus imperfectum e quindi con la morale pura e semplice, come alcunché, cioè, di privo di ogni efficacia giuridica. Tradotto in termini a noi più familiari, che venga assegnato un posto di primario ospedaliero ad una persona che non ha i titoli per esercitare tale funzione, è questione, per Aristotele, che riguarda la giustizia distributiva – e lo Stagirita non pensa affatto che tale diritto non sia esigibile, anche se si tratta di una esigibilità diversa rispetto a quella che ha in mente Grozio. Ciò che tuttavia importa rimarcare in questa sede è l'idea che Grozio nutre di giustizia *expletrix*, che costituisce – l'abbiamo detto – la vera concezione del diritto nel pensatore olandese (lo *jus perfectum*): "diritto" viene a significare nient'altro che l'adempimento di un patto o di una promessa. Soltanto nel momento in cui un bene è oggetto di un accordo, allora esso diviene esigibile. Il bene, poi, non è mai una cosa, ma è una pretesa sulla cosa, e tale pretesa per Grozio è una pretesa morale (abbiamo già visto come abbia definito il diritto come *moralis facultas*, *moralis potestas*), quindi si avrà vero diritto quando le reciproche pretese saranno oggetto di un accordo che ne sanzioni l'eventuale inadempimento, quando, cioè saranno *poste*. Il diritto diviene insomma, *posizione*, cioè perfezione della morale (*jus perfectum*). Dobbiamo qui rilevare, peraltro, che nulla viene detto a proposito del contenuto del patto, né della pretesa che viene avanzata: siamo qui agli albori, infatti, di una concezione formalistica della giustizia, per la quale è sufficiente *stare pactis* perché si dia compiutamente diritto. Solo un accordo positivo può essere considerato diritto nel suo senso pieno, qualunque ne sia il contenuto. In ciò si rende manifesta la finalità strettamente, essenzialmente operativa della concezione che Grozio ha del diritto, che fa di lui uno scienziato, piuttosto che un filosofo del diritto. Egli, ritenendo di condurre alla pace attraverso i contratti, favorendo cioè le esigenze della borghesia mercantilista, conduce peraltro ad una importante semplificazione sul tema dei contratti: se prima un contratto poteva non essere convalidato dal giudice perché giudicato iniquo (in nome di che cosa i poteri sociali dovrebbero sentirsi obbligati a dare l'appoggio della forza pubblica ad una cosa iniqua?), con Grozio le cose si fanno molto più semplici: se io ho espresso la mia volontà di *x*, io sono obbligato a *x*. Poco importa se una tale prestazione rechi turbamento all'ordine pubblico, inteso come equa distribuzione di beni nell'ambito della

comunità: la sola mia volontà, insieme al precetto morale *stare pactis,* rende il mio accordo giuridicamente inoppugnabile ed il mio diritto immediatamente esigibile. Il contratto, da fatto avente natura *obiettiva*, diventa un mero accordo privato tra contraenti che si pretendono liberi e uguali, sul quale nessun potere pubblico può intervenire. La giuridicità di tale accordo è data – l'abbiamo visto – nient'altro che dalla sua posizione, cioè dalla posizione delle legittime pretese morali soggettive dei contraenti. Grozio non è più in grado di comprendere la dottrina aristotelica del "giusto mezzo": se due persone vogliono intraprendere uno scambio in cui una delle parti si accontenta di ricevere meno del "giusto prezzo" (uno scambio diseguale, insomma), che compito dovrebbe avere il giurista in tutto ciò? Ovviamente nessuno. La legge morale, separata da un concreto ordinamento di pratiche, non può dire al giurista che cosa è equo e che cosa non è equo rispetto alle parti in causa, può solo darci indicazioni astratte e indeterminate, del genere *pacta sunt servanda*, rispetta l'altrui proprietà, risarcisci i danni prodotti etc., ma non può dirci quali siano i *confini*, i *limiti* concreti entro i quali l'attività negoziale dei privati può essere esercitata. Anzi, Grozio è talmente indifferente al tema del giusto aristotelicamente inteso che propone di correggere la definizione classica ribaltandola: «Jus quod injustum non est»: il diritto diventa insomma funzione del lecito morale, di un lecito morale potenzialmente illimitato in quanto semplicemente morale, e limitato in concreto esclusivamente dai singoli accordi negoziali delle parti contraenti.

C'è un tema che può essere oggetto di controversia nel pensiero di Grozio. L'Olandese infatti, a differenza di altri suoi epigoni della *Scuola del diritto naturale moderno*, concepisce l'uomo come un essere sociale. La natura umana, in altri termini, è strutturalmente dotata di un *appetitus societatis*. Scrive Grozio: «Del diritto naturale è madre la stessa natura umana, la quale, anche se non avessimo bisogno di nulla, ci spingerebbe a ricercare i rapporti sociali»[130]. È certamente vero che l'*appetitus societatis* riveste un ruolo nel bilancio del discorso groziano, tuttavia è lecito chiedersi a quale livello del discorso si ponga la questione della socialità in Grozio. Gurvitch[131] fa

[130] Grozio, *Prolegomeni al 'De jure belli ac pacis'*, § 16; trad. it. cit., p. 56
[131] G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1932, pp. 173-190.

del pensatore di Delft un precursore di quello che oggi viene chiamato “diritto sociale”, in quanto presuppone la società nella sua esistenza e nella sua datità, per contrapporlo ai teorici del “diritto individuale”, inteso nel senso che l'ente primario è l'individuo, mentre la società risulta essere qualcosa di derivato a partire dai diritti degli individui. Ora, il tema dell’*appetitus societatis* non deve farci credere che, per Grozio, la società, nella sua realtà effettuale, sia qualcosa di originario. Affermare un generico *appetitus societatis* non significa già affermare che l'uomo viva da sempre, originariamente, in una società strutturata – come invece afferma il pensiero dell'ordinamento concreto. Aristotele dice che «l'uomo è un animale politico», che «la *polis* è per natura», che la *polis* viene logicamente prima dell'individuo come le parti presuppongono logicamente il tutto; non si limita ad affermare un mero *appetitus societatis*. In tal senso, a noi pare che, ancora una volta, la socialità non sia predicata da Grozio che in senso morale. Quindi in Grozio la società è presente all'individuo al modo in cui gli è presente una morale sociale, non individualistica, ma da ciò a dire che vi è un primato della società sull'individuo, sulla scorta dell'insegnamento classico, ne passa. Anzi, la nostra tesi consiste proprio nell'affermare la sostanziale moralità di Grozio nell'ambito del diritto: Grozio non concepisce il diritto alla maniera classica, nel senso di un orizzonte di pratiche preesistente e già originariamente strutturato, ma fa del diritto una funzione della morale attraverso la “positivizzazione” di quest'ultima. Che questa sia una morale sociale, che contempli cioè l'alterità al proprio interno, o che si tratti di una morale individualistica, fa poca differenza. Fin dall'introduzione a questo nostro studio, infatti, abbiamo cercato di mettere in rilievo come nessuna morale possa essere compiutamente a-sociale: non lo è neppure quella di Hobbes, che contempla le leggi naturali sia pure nel contesto di uno stato di natura, meccanicisticamente e individualisticamente inteso.

Da questo punto di vista, ci sembra mal posto il problema di coloro che pretendono di trovare un discrimine tra il diritto naturale classico e quello moderno nella primazia del concetto dei diritti o in quello dei doveri. Dal nostro punto di vista, il vero discrimine è tra diritto inteso come concreto ordinamento e diritto inteso come funzione (positiva, cioè "legalizzata") della morale. A nostro parere in Grozio non si esce mai dalla morale e, per quanto quest'ultima si possa considerare una morale *lato*

sensu sociale, da ciò non deriva nulla che possa essere di un qualche interesse per il diritto fintantoché una tale morale non venga *positivizzata*, non vengano cioè posti dei limiti specificamente giuridici all'agire individuale. È questo, d'altro canto, l'atto di nascita del positivismo giuridico, la positivizzazione di una morale che sarebbe altrimenti tanto indeterminata da riuscire del tutto inutilizzabile nelle circostanze concrete. Come ha opportunamente rilevato Pietro Piovani in un suo bel libro[132], il positivismo giuridico non è il contraddittorio del giusnaturalismo moderno, ma ne è una conseguenza necessaria. La morale, concepita come separata da un concreto ordinamento delle pratiche, per uscire dalla propria indeterminatezza soggettivistica, deve positivizzarsi - deve, cioè, farsi contratto, legge, autorità. In questo passaggio la morale acquista la propria determinazione giuridica e quindi la propria perfezione, conferendo al diritto quella che oggi viene definita con grande enfasi "la certezza del diritto", che altro non è se non la certezza della morale in quanto positivizzata.

Michel Villey[133] si interroga su quali siano le fonti del diritto in Grozio. Sicuramente – osserva il giurista francese – un posto di grande rilievo hanno nella cultura groziana gli autori stoici, riscoperti nell'Umanesimo rinascimentale di cui il Nostro è imbevuto, ed in particolare Cicerone. Non c'è dubbio che l'Arpinate abbia esercitato una grandissima influenza su tutto il pensiero giuridico dell'Occidente, ma non è nemmeno un caso che le teorie stoiche (da Seneca, a Marco Aurelio, allo stesso Cicerone) si riaffaccino con grande forza alla vigilia dell'epoca moderna, quando quel concreto ordinamento che era la *respublica christiana* andava decomponendosi sotto diverse spinte centrifughe. Nella misura in cui lo stesso Stoicismo traeva le proprie radici dalla disfatta delle *poleis* greche, esso ha dilatato il concetto di "natura" fino a comprendervi l'intero universo, ne ha fatto una grande macchina semovente, si è sbarazzato della razionalità pratica esercitata nella *polis* per proporre un nuovo modello di razionalità cui solo il saggio poteva accedere. Le opere di Cicerone trasudano precetti morali di qualunque tipo, il *De Officiis* e il *De finibus* in particolare. Occorreva una via

[132] P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari 1961.
[133] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchrestien, Paris 1975; trad. it. di R. D'Ettore e F. D'Agostino *La formazione del pensiero giuridico moderno*, introd. di F. D'Agostino, Jaca Book, Milano 1985.

per vivere in un mondo sempre più espanso e sempre più imprevedibile (celebri, oltre che di grande valore letterario, sono molti passi di Marco Aurelio a questo proposito). Tuttavia, c'è una differenza fondamentale tra la morale stoica e la morale "neo-stoica", se così la possiamo chiamare, di Grozio. La morale stoica non ha affatto la pretesa di diventare diritto: essa si limita a predicare la virtù del soggetto, senza che da quei precetti individuali debbano poi derivare obblighi o diritti in capo ad altre persone. La morale stoica è, per così dire, una morale unilaterale e, pertanto, per nulla adatta a trasformarsi in diritto. Dal precetto "non rubare", Cicerone non deriva affatto che l'altro abbia il *diritto* di conservare le proprie ricchezze, così come dal precetto che mi impone di mantenere qualsiasi promessa io abbia fatta, non deriva per niente che l'altro abbia il *diritto* di vedersi corrisposto un prezzo della casa ben superiore al suo valore; anzi, l'altro ha l'obbligo morale, a sua volta, di richiedere un giusto prezzo. La morale stoica è e vuol essere una morale strettamente rivolta all'uomo virtuoso, potremmo dire che è quasi una visione religiosa del mondo, che nulla ha a che vedere con i ladri ed i disonesti con cui il diritto deve fare i conti. Ecco che rimane una morale unilaterale, tanto unilaterale da spingersi a gesti estremi quando le condizioni esteriori non rendano più possibile l'esercizio della virtù da parte dell'uomo saggio. Il suicidio stoico è la negazione strutturale del diritto, di ogni possibilità del diritto, perché il diritto ha sempre a che fare con l'alterità, mentre nessun gesto nega la radice stessa dell'alterità quanto il suicidio.

Che cosa dunque viene preservato dell'etica stoica? Sicuramente una precettistica, ma di tale precettistica viene fatto un uso strumentale per le finalità politiche che urgevano in quel momento. La morale, in tal senso, divenuta una morale strutturalmente operativa, ha bisogno del diritto per ottenere la propria operatività e portare pace e commerci nell'Europa delle guerre.

CAPITOLO QUARTO

HOBBES: DAL GIUSNATURALISMO AL POSITIVISMO GIURIDICO

Abbiamo visto come già in Grozio l'istanza giusnaturalistica, che non è altro che la pretesa di una morale razionale caratterizzata dalla sua operatività pratico-politica, trovi necessariamente la propria perfezione nella sua positivizzazione. "Diritto", pertanto, viene a significare anzitutto "obbedire a un patto o a una promessa". In questo paragrafo prenderemo in esame come il pensiero di Thomas Hobbes si situi, a nostro avviso, sul solco tracciato da Grozio, ma ne porti a sistema gli assunti. In altri termini, si tratta di capire come sia possibile che l'Autore che, *di fatto,* è unanimemente considerato tra gli esponenti di spicco della cosiddetta *Scuola del diritto naturale moderno*, sia poi considerato, *di diritto,* l'iniziatore del positivismo giuridico moderno. Qual è dunque il legame tra la dottrina delle leggi naturali e il positivismo giuridico?

Che Hobbes sia un sostenitore della dottrina delle leggi naturali, su ciò non vi è dubbio alcuno. La fonte immediata della ricezione hobbesiana della dottrina classica della legge naturale, almeno nei suoi tratti essenziali, dovette essere Richard Hooker[134], colui che Locke ebbe a definire «the judicious Hooker». In effetti, tutto il sistema giuridico hobbesiano riposa sul riconoscimento delle leggi di natura, alla cui analisi è dedicata gran parte delle sue opere[135], e la definizione di "legge naturale" che il pensatore di Malmesbury ci offre non differisce nella forma da quella tradizionale: la legge naturale è un «dictamen rectae rationis»[136]. Il punto che dovrà essere centrale, quindi, nel prosieguo della nostra trattazione, in relazione al problema che ci siamo posti - al problema, cioè, del rapporto tra giusnaturalismo e positivismo giuridico in Hobbes -, consiste nel comprendere quale significato abbia il termine "ragione" nel

---

134 R. Hooker, *Ecclesiastical Polity*, 1592.

135 T. Hobbes, *Elements of Law*, I, capp. XV, XVI, XVII, XVIII; *De Cive*, capp. II, III, IV; *Leviathan*, capp. XIV, XV.

136 T. Hobbes, *De Cive*, cap. II, n. 1; *Leviathan*, cap. XIV.

discorso hobbesiano.

Anzitutto, occorre rimarcare che la ragione è condizionata dal fine perseguito, che consiste nel Nostro nel perseguimento della pace. Il fine, insomma, viene prima del conoscere e lo condiziona. Il fine, inoltre, non è inteso aristotelicamente come il compimento della natura umana nell'ambito della *polis*, ma è oggetto di scelta, cioè il prodotto di una volontà deliberativa. Quando parliamo, quindi, di ragione, dobbiamo porre attenzione al fatto che, mentre in Aristotele e in Tommaso d'Aquino, la ragione rispecchia la realtà - e la realtà in ambito giuridico-politico non è altro che un concreto ordinamento di pratiche, - in Hobbes la ragione ha un valore puramente metodologico, non sostanziale. Dire che la ragione ha un valore *esclusivamente* metodologico, significa considerare che in Hobbes la ragione ha una funzione meramente tecnico-operativa e convenzionale.

Arrigo Pacchi, in un suo celebre studio sui presupposti epistemologici della scienza hobbesiana, mostra con grande efficacia come il filosofo inglese abbracci l'ipotesi fenomenistica: la scienza non ha a che fare con le essenze, bensì soltanto con *phantasmata sensus et imaginationis*. L'ipotesi annichilatoria, che troviamo espressa all'inizio del *De Corpore* del 1655, ma che troviamo pure - come Pacchi mostra - in scritti precedenti, ci fa intendere come vi sia uno scarto incolmabile tra la nostra mente e le immagini mentali che ivi risiedono, da un lato, e la realtà extramentale, dall'altro. L'ipotesi annichilatoria, infatti, afferma che, qualora l'intero mondo venisse annientato, in modo che rimanesse salvo un solo uomo, questi, operando sulle immagini mentali fornitegli dalla memoria, sarebbe ugualmente in grado di ragionare né più né meno di quanto farebbe se il mondo a lui circostante fosse presente nella sua datità, quando si presume di elaborare dei dati che provengono da un mondo circostante. Lo iato che si viene così a stabilire tra mente e realtà fa sì che Hobbes abbracci una concezione integralmente nominalistica della scienza, di derivazione sicuramente occamiana, ma spinta ad un eccesso che il mondo di Occam non poteva conoscere. La scienza, insomma, non è altro che nomi e insiemi di nomi, che sono nient'altro che il frutto di una decisione arbitraria di chi li produce. Scrive a questo proposito Pacchi: «Le proposizioni prime [della scienza hobbesiana] riflettono, nelle loro connessioni, la

decisione di chi per primo stabilì che l'organizzazione dei nomi andasse ordinata in quel senso, piuttosto che in un altro. Se quindi si scelgono certe connessioni, ciò è dovuto al fatto che si preferisce stabilire certe classificazioni piuttosto che altre, e così alle *res* [intese nel senso occamiano di *species*, di *phantasmata*, di "immagini mentali"] verranno attribuiti certi nomi a preferenza di altri. È vero quindi che Socrate è uomo, solo perché alle origini si è deciso di connettere insieme i nomi di Socrate, Platone e così via, nel nuovo nome riassuntivo di *homo*. Si poteva scegliere un diverso tipo di classificazione: ciò avrebbe comportato la scelta di tutt'altra serie di nomi e perciò di connessioni; in quel caso, l'affermazione *Socrates est homo* sarebbe risultata falsa, o più probabilmente, priva di senso»[137]. Dalla convenzionalità nella filosofia naturale al convenzionalismo politico-giuridico il passo è breve. L'arbitrarismo delle leggi giuridiche trae il proprio fondamento dall'arbitrarismo della scelta di colui che sceglie di istituirle, abbracciando un'ipotesi piuttosto che un'altra, connettendo certi nomi piuttosto che altri. Sembra, anzi, che l'intera filosofia hobbesiana, non solo la sua filosofia giuridico-politica, ma anche la sua filosofia naturale, sia interamente costruita intorno a tale riduzione della *physis* a *nomos*, cioè a legge convenzionalmente stabilita[138]. La filosofia naturale, insomma, trae come proprio modello interpretativo la filosofia del diritto e della politica. Occorre pertanto porre in assoluto rilievo il termine "decisione", in quanto è su tale istanza, sull'istanza cioè di chi *decide* quale sia il fine pratico-operativo da perseguire, che vengono a sua volta convenzionalmente stabiliti i principi primi della scienza.

La convenzione per eccellenza da cui muove il pensiero hobbesiano, e che getta luce su tutto il suo sistema giuridico-politico, è lo stato di natura. Opportunamente rileva Francesco Gentile: «Guai se ci interrogassimo attorno al perché Hobbes attribuisca allo stato di natura il contenuto che [attribuisce]; porremmo in essere un'operazione conoscitiva inutile, posto che quello dello stato di natura è un protocollo convenzionalmente presupposto. Se potessimo interrogare Hobbes, costui, siccome

---

[137] A. Pacchi, *Convenzione e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, La Nuova Italia, Firenze 1965, p. 155. Il primo corsivo è nostro.

[138] A. Pacchi, *Convenzione e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, La Nuova Italia, Firenze 1965, pp. 170-71.

Machiavelli, ci risponderebbe che così viene presupposto per realizzare operativamente la migliore condizione ipotetica per il perseguimento dell'obiettivo operativo della sicurezza sociale. [...] Il protocollo di ogni ragionamento geometrico non si discute, bensì si assume, si postula, *a-priori*»[139]. Lo stato di natura, insomma, è un'ipotesi atta a realizzare il fine operativo della pace, che coincide con l'autoconservazione individuale. Infatti, tra le tante passioni che abitano lo *status naturae*, ve n'è una che ha la preminenza sulle altre, perché è in qualche modo la condizione per il perseguimento di tutte le altre passioni, cioè la vita, l'incolumità personale. L'*esigenza* della pace, cioè del fine operativo da perseguire, non è estranea allo stato di natura, ma nasce e si sviluppa all'interno di esso: la legge naturale, insomma, è *già* presente nello stato di natura, anche se è presente soltanto come *ipotesi* che attende di essere realizzata nello stato civile.

Nello stato di natura, infatti, gli individui hanno *jura in omnia*, ma, ciò affermando, hanno pure diritto ai *mezzi* utili o necessari al perseguimento di quei diritti, paradigmaticamente intesi come libertà (assenza di impedimenti nel loro esercizio). La legge altro non è che lo strumento razionale con il quale vengono scelti i mezzi in vista dei fini. Da questo punto di vista, nonostante Hobbes presenti "diritto" e "legge" come strutturalmente contrapposti, in quanto la legge è una limitazione di un diritto, può darsi il caso che la legge preservi un diritto (la vita) a scapito di altri diritti. In tal senso, non è del tutto corretto - a nostro avviso - presentare la dicotomia di "stato di natura" e "stato civile" come se si trattasse anche della dicotomia di "diritti" e "legge". Nello stato di natura sono presenti tanto i diritti naturali quanto le leggi naturali: gli uni non possono stare senza le altre, così come i fini non possono prescindere dai mezzi necessari al loro raggiungimento. Il punto della questione è semmai un altro, e cioè che le leggi naturali sono solo apparentemente ciò che viene tramandato dalla tradizione, perché di fatto si tratta di meri strumenti di calcolo. Possono essere dette "dettami della retta ragione" solo in quanto intendiamo il termine "ragione" in senso strumentale e operativo, non in senso sostanziale. Scrive Hobbes: «Per retta ragione, nello stato di natura, non intendo, come molti altri, una facoltà infallibile, ma l'atto proprio del calcolo razionale, che riguarda le proprie azioni nella misura in cui esse possono essere portate a compimento

[139] F. Gentile, *Filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 2006, p. 40.

a vantaggio o a danno di altri uomini»[140]. E ancora, dal *Leviatano*: «[Le leggi naturali] non sono che conclusioni, o *teoremi*, relativi a ciò che conduce alla conservazione e alla difesa di se stessi»[141].

Certo, le leggi naturali obbligano. Si tratta tuttavia di comprendere quale genere di obbligazione pongano in essere le leggi naturali. Molti passi degli *Elements of Law* e del *De Cive* affermano che l'essenza della legge è senz'altro quella di obbligare, ma che non sussiste vero e proprio obbligo fintantoché la legge non costituisce una ragione sufficiente per agire[142]. Questi passi, a nostro avviso, contraddicono alla radice l'interpretazione deontologica della legge naturale in Hobbes proposta nel secolo scorso da alcuni neokantiani[143]. In Hobbes, infatti, il problema dell'efficacia di una legge non può affatto essere disgiunto dal suo valere come fonte di obbligazione. La pace, in Hobbes, non è altro dal diritto di ciascuno alla propria *self-preservation*: quest'ultima non può essere considerata un'occasione, del tutto esteriore, nella quale si rende operativa una legge naturale avente originariamente valore obbligante, in quanto – come già abbiamo rimarcato - l'operatività è essa stessa il cardine su cui si fonda l'intero sistema giuridico hobbesiano. Per tale ragione, l'obbligatorietà delle leggi naturali nello stato di natura è soltanto ipotetica: *se* vuoi ottenere questo risultato, *devi* fare questo o quello. Quel *devi* non impone un obbligo diverso da quello dell'ingegnere che è "obbligato" a fare dei pilastri aventi una certa dimensione per sostenere un solaio di una certa portata. È una semplice questione di calcolo razionale, nulla più. Si tratta di un dovere morale? Le leggi naturali obbligano moralmente? Hobbes non esita a rispondere affermativamente, con la precisazione, però, che l'obbligo vale soltanto *in coscienza*, *in foro interno*. Hobbes, nel concepire le leggi naturali come leggi "morali", si situa certamente nel novero dei pensatori della Scuola del diritto naturale moderno, secondo

---

[140] T. Hobbes, *De Cive*, cap. I, n. 1.

[141] T. Hobbes, *Leviathan*, cap. XV.

[142] T. Hobbes, *Elements of Law*, parte I, cap. XIII, n. 6 e parte II, cap. VIII, n. 6; *De Cive*, cap. XIV, n. 1.

[143] Cfr. A.E. Taylor, *The Ethical Doctrine of Hobbes*, in *«Philosophy»*, XIII (1938), pp. 406-424; H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes*, Oxford University Press, Oxford-New York 1957. Discutono criticamente una tale impostazione R. Polin, *Justice et raison chez Hobbes*, in *«Rivista critica di storia della filosofia»*, XVII (1962), pp. 450-469; T. Nagel, *Hobbes's Concept of Obligation*, in *«The Philosophical Review»*, LXVIII (1959), pp. 68-83; S.M. Brown, *The Taylor Thesis*, in *«The Philosophical Review»*, LXVIII (1959), n. 3, pp. 303-323.

l'impostazione operativa che viene attribuita alla morale nella modernità giuridico-politica, e lo fa con una chiarezza senza pari, come rileva opportunamente N. Bobbio: «Quel che importa mettere in rilievo è l'impostazione metodologicamente corretta data da Hobbes al problema della legge naturale (che si identifica per lui, come del resto per gli altri giusnaturalisti, con la legge morale): le leggi naturali, o morali, sono quel complesso di prescrizioni che discendono dal bene considerato come supremo [...]. Oggi abbiamo raggiunto una certa consapevolezza del fatto che ogni sistema morale è un sistema di norme che prescrivono azioni per il raggiungimento del fine considerato come supremo per l'uomo e che i diversi sistemi si differenziano per il diverso fine da ciascuno posto come supremo. [...] Si potrà rimproverare [a Hobbes] di aver considerato la pace come fine ultimo, ma non si potrà apprezzare la chiarezza con cui egli pone il problema della legge naturale, che non il problema insolubile, perché mal posto, di scoprire il bene o il male in sé, bensì quello sostanzialmente solubile [...] di stabilire quali siano i comportamenti che l'uomo deve tenere, una volta dato e accettato un certo fine come supremo»[144]. È tuttavia chiaro che, nella visione utilitaristica della morale hobbesiana, secondo la quale nello stato di natura non esiste il giusto o l'ingiusto, ma soltanto l'utile e il dannoso per l'individuo, cui fa seguito una visione meramente calcolante della ragione (*omnis ratiocinatio est computatio*), "obbligare in coscienza" non ha alcun significato. Si tratta di un omaggio alla tradizione che, tuttavia, non ha alcun riscontro nel bilancio complessivo del discorso hobbesiano, nel quale non si può prescindere dall'efficacia operativa di una legge (la legge - già l'abbiamo ricordato - non obbliga se non esprime una condizione sufficiente per agire). A tal proposito, Hobbes distingue nettamente tra la legge e il consiglio. Il consiglio è dato nell'interesse della persona cui viene offerto e, pertanto, il suo valore è dettato dal particolare contenuto che esprime, mentre la legge è emanata nell'interesse di chi la emana e prescinde, quanto alla propria validità, dal proprio contenuto. Abbiamo qui una chiara separazione tra principio materiale di validità e principio formale di validità, su cui è incentrato il rapporto tra legge naturale e legge positiva nel pensiero del nostro Autore. Infatti, ciò

[144] N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Ramella, Torino 1954, pp. 61-101; ora in Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, pp. 117-8.

che rende valida una legge non è per Hobbes il suo contenuto, ma il fatto di essere posta.

Già in Grozio abbiamo visto come "diritto" significhi "obbedire a un patto o a una promessa", indipendentemente dal contenuto di quel patto o di quella promessa. Hobbes si spinge molto più in là nella sua concezione formalistica della legge. Che altro è il patto se non un mero *flatus vocis* in assenza di un potere coercitivo che lo renda efficace? La stessa legge naturale per la quale *pacta sunt servanda* non ottiene alcuna efficacia operativa se tutti gli individui non la rispettano. Il patto, con il quale ciascun individuo cede tutti i propri diritti al sovrano, non ha alcuna efficacia (è un mero *flatus vocis*) se tutti gli altri non fanno altrettanto. D'altro canto, un individuo non può mai obbligare se stesso, per Hobbes, perché una tale obbligazione può essere sempre revocata[145]. Anche ammesso che tutti gli individui siano concordi su un medesimo contenuto (la legge naturale), il patto, per Hobbes, non è - a differenza di Grozio - esso stesso fonte di obbligazione, perché presuppone come condizione necessaria che vi sia *già* un potere sovrano capace di garantirlo. «Colui che - argomenta Hobbes nel *Leviatano* - fosse modesto e socievole e mantenesse tutte le promesse quando nessun altro facesse altrettanto, non farebbe che darsi in preda agli altri e procurarsi la propria rovina, contro il fondamento stesso delle leggi naturali che tendono alla preservazione della natura».[146] In questo senso, come opportunamente rileva Norberto Bobbio in alcuni suoi studi dedicati al pensiero del filosofo di Malmesbury, il principio di validità formale ha la meglio sul principio di validità materiale: è solo in quanto una legge è posta dall'autorità sovrana che essa può dirsi legge a tutti gli effetti (*Auctoritas, non veritas, facit legem*). Scrive Bobbio: «Il rapporto tra legge naturale e legge positiva appare qui completamente invertito rispetto alla dottrina giusnaturalistica tradizionale. Invero: per un giusnaturalista, la legge positiva è obbligatoria solo in quanto è conforme alla legge naturale; per Hobbes la legge naturale è obbligatoria solo in quanto è

[145] In ciò il dettato hobbesiano è chiarissimo e contraddice, a nostro avviso, ogni interpretazione neokantiana che del pensatore di Malmesbury è stata offerta. Cfr. T. Hobbes, *De Cive*, cap. VI, n. 14; *Leviathan*, cap. XXVI. Su questo punto, cfr. R. Polin, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, PUF, Paris 1953, pp. 12-3, p. 27 e pp. 176-204.

[146] T. Hobbes, *Leviathan*, cap. XV.

conforme alla legge positiva»[147]. Tale ribaltamento di prospettiva è dettato dalla primazia che il principio di validità formale ha su quello di validità materiale. Il patto, infatti, rappresenta per Hobbes solo una promessa di fare o non fare, non ancora un dovere, perché il dovere presuppone, quanto alla sua efficacia, che vi sia qualcuno in grado di sanzionarne il mancato rispetto[148]. In tal senso, la legge riposa solo sull'autorità del sovrano, o, per meglio dire, usando le parole di J. Bodin, sulla sua spada. Non a torto alcuni interpreti, tra i quali Leo Strauss, hanno definito la filosofia di Hobbes come una «philosophy of power»: i diritti sono potere di fare, la legge è potere di far fare[149].

Rimane, tuttavia, da chiarire il senso di alcuni passi hobbesiani nei quali viene affermato che «legge naturale e legge civile sono *coestensive*». In tali passi si allude al fatto che una tale coestensività sia predicata del *contenuto* delle leggi civili, che deve corrispondere al contenuto delle leggi naturali. Pertanto, da una tale lettura, saremmo portati a ritenere che le leggi naturali non scompaiano affatto dall'orizzonte giuridico-politico hobbesiano, non siano per nulla inghiottite dalle leggi civili: mentre le leggi positive darebbero alle leggi naturali validità formale, le leggi naturali darebbero alle leggi positive validità materiale. In realtà, qui si pone il problema dell'interpretazione delle leggi naturali: la questione dell'interpretazione, *in qua sola consistit legis essentia*, è centrale nel pensiero del filosofo di Malmesbury. Le leggi naturali sono, infatti, *indeterminate*, cioè non ci dicono nulla su che cosa sia mio e che cosa sia tuo, su quali siano i *limiti* concreti all'interno dei quali posso esercitare legittimamente le mie azioni. Abbiamo già avuto modo di denunciare l'astrattezza delle leggi naturali nella storia del diritto naturale moderno: mancando un concreto ordinamento di pratiche cui fare appello, mancando cioè un *ordine* strutturale preesistente, le leggi si rifugiano in una morale astratta, che deve poi essere resa effettuale dal diritto nella realtà contingente. Solo il sovrano può interpretare le leggi perché, se lasciassimo ai singoli individui la

---

147 N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Ramella, Torino 1954, pp. 61-101; ora in Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, pp. 111-145.

148 Scrive R. Polin: «Car l'essence du *consensus omnium* réside dans une promesse et non dans un commendement, qui implique la double présence d'une contrainte e d'un pouvoir». Cfr. R. Polin, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, PUF, Paris 1953, p. 187.

149 Cfr. L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951.

facoltà di interpretare le leggi, perverremmo a quel medesimo stato di natura dal quale le leggi hanno lo scopo di liberarci. Carl Schmitt rileva come lo stato di natura in Hobbes, il *bellum omnium contra omnes*, sia non soltanto una guerra degli opposti diritti individualisticamente intesi, ma anche - e soprattutto - una guerra di opposte interpretazioni del diritto[150]. Solo al sovrano spetta dunque il compito di interpretare le leggi: «Le leggi di natura proibiscono il furto, l'omicidio, l'adulterio e tutti i torti. Però si deve determinare per mezzo della legge civile, e non della legge naturale, che cosa si debba intendere, nel rapporto fra cittadini, per furto, omicidio, adulterio e torto. Infatti non è un furto ogni sottrazione di una cosa posseduta da un altro, ma solo di ciò che è di proprietà di un altro. Ma determinare che cosa sia nostro e che cosa sia altrui spetta

[150] Cfr. C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922; trad. it. di P. Schiera *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972. Thomas Hobbes è un Autore - se non forse *l'*Autore - di riferimento di tutta la produzione schmittiana, in particolar modo della sua produzione weimariana, in cui si rende manifesta la sua dottrina decisionista del diritto. Tuttavia, è interessante considerare quale sia l'interpretazione che il giurista di Plattenberg dà del pensiero hobbesiano, quali parti della sua opera vengano maggiormente valorizzate e quali meno. Sicuramente, svolge un'importanza fondamentale nel bilancio del pensiero schmittiano, che è tutto incentrato sulla *competenza* di chi decide, la questione dell'*interpretazione* del diritto (*Quis iudicabit? Quis interpretabitur?*), questione che è sottesa all'intera II parte del *Leviatano*. Tuttavia, occorre rilevare che, mentre per Hobbes la questione dell'interpretazione è declinata nel senso dell'interpretazione *della legge*, in Schmitt l'interpretazione per la quale si pone il problema della competenza, del *Quis iudicabit?*, è l'interpretazione *del diritto*. "Diritto" per Schmitt non vuol dire "legge", ma "concreto ordinamento". Non si deve dimenticare che Schmitt è un sostenitore del pensiero decisionista *in quanto* è, alla radice, un pensatore che ha una visione istituzionale del diritto. Gli influssi dell'istituzionalismo di Hauriou e di Santi Romano nel suo pensiero sono manifesti ed espressamente dichiarati. La decisione è tale in quanto fonda un ordinamento giuridico, che per Schmitt è altro da un insieme di leggi. La decisione è certo alcunché di formale, ma si tratta di una formalità completamente diversa dalla formalità che noi predichiamo, per esempio, quando parliamo del principio di validità formale di una legge. La visione istituzionalistica del diritto propria del pensatore di Plattenberg si manifesta nell'interpretazione che Schmitt ci offre dello stato di natura hobbesiano, che non è, come la lettera dei testi hobbesiani ci sembra suggerire, un conflitto tra opposti diritti, ma un conflitto tra opposte interpretazioni del diritto (inteso, appunto, come concreto ordinamento). La distanza tra Schmitt e Hobbes qui ci sembra davvero considerevole. Il compito del sovrano, infatti, non consiste semplicemente nel regolare giuridicamente le pretese morali (i diritti) dei singoli, stabilendo limiti e confini dell'uno e dell'altro, ma nel fondare un ordinamento giuridico, vale a dire imprimere al reale una certa forma di organizzazione sociale che risponde a un ideale regolativo delle relazioni umane. Per fare un esempio, non si tratta di stabilire quali siano i confini della mia o della tua libertà, della mia o della tua proprietà, ma si tratta di decidere che cosa sia la libertà, che cosa sia la proprietà e quale posto esse occupino nel bilancio delle relazioni che costituiscono un ordinamento giuridico. Nel primo caso avremmo delle pretese morali individuali da regolare giuridicamente (positivamente), piuttosto che un complesso di relazioni sociali da garantire. Ecco che la questione della guerra assume in Schmitt dei connotati completamente diversi da quelli hobbesiani: mentre in Hobbes la guerra è il conflitto tra opposti diritti, in Schmitt è il conflitto tra opposte interpretazioni del diritto, con la possibilità, sempre presente, del venir meno, del disgregarsi di un concreto ordinamento.

appunto alla legge civile. Allo stesso modo, non ogni uccisione è un omicidio, ma è omicidio solo l'uccisione di chi la legge civile proibisce di uccidere. Né tutti i concubiti sono adultèri, ma solo quelli che le leggi civili proibiscono»[151]. Per esempio, uccidere qualcuno in guerra non è un omicidio, così come un esproprio non è un furto. Ecco che le leggi naturali, dapprima denunciate per la loro inefficacia, vengono ora ripudiate per la loro inutilità, in quanto indeterminate e generiche.

Sembra tuttavia - e ciò è confermato dall'intero capitolo XXVI del *Leviatano* - che la riduzione di tutto il diritto naturale a diritto positivo non riesca fino in fondo per il problema delle *lacune* dell'ordinamento giuridico positivo. Naturalmente, la differenza fondamentale tra il positivismo di Hobbes e il positivismo ottocentesco, successivo alla codificazione napoleonica, consisterebbe nel fatto che, mentre il sistema hobbesiano poggia sulle leggi naturali, il positivismo della Scuola dell'esegesi o della Scuola storica del diritto risolve il problema delle lacune presupponendo che il sistema giuridico positivo sia in sé perfetto e semanticamente completo. Pertanto, da tale prospettiva, l'interpretazione delle norme di diritto positivo sarà operata sulla base di un metodo logico-esegetico, psicologico-esegetico o storico-esegetico, che mira a raggiungere la più completa fedeltà dell'interprete al dettato normativo (ruolo riproduttivo, non creativo, dell'interpretazione) e, laddove ciò non fosse sufficiente, si dovrà far ricorso all'*autointegrazione* attraverso il principio dell'analogia e al riferimento ai principi fondamentali del diritto positivo vigente. Ciò è ben messo in luce, per esempio, all'art. 22 delle preleggi al nostro Codice Civile del 1942: «Nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso da quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore. Se la controversia non può essere decisa con una precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Non possiamo pensare che Hobbes abbia in mente un sistema normativo completo qual è - o quale voleva essere - il prodotto della codificazione napoleonica, che rispondeva a delle precise esigenze sociali di uguaglianza e di certezza del diritto (generalità e astrattezza

[151] T. Hobbes, *De Cive*, cap. VI, n. 16.

delle norme) proprie della classe borghese del tempo. Non mancano quindi passaggi, soprattutto nel *Leviatano*, in cui Hobbes invita i giudici a colmare le lacune dell'ordinamento positivo con le leggi naturali o con il diritto consuetudinario: in tal caso, avremmo a che fare con una palese *eterointegrazione* del diritto positivo con elementi del diritto naturale o consuetudinario. Per quanto, quindi, Hobbes tenti di operare una riduzione completa e sistematica delle leggi naturali a diritto posto dal legislatore, sembra a prima vista che tale proposito venga infranto di fronte alla spinosa questione delle lacune dell'ordinamento e che, pertanto, sia costretto ad ammettere la vigenza delle leggi naturali *accanto* alle leggi positive, in una sorta di ingombrante e mal definito dualismo. In realtà non è così, se poniamo mente a due questioni: la prima riguarda la strutturale indeterminatezza delle leggi naturali, la seconda riguarda il ruolo e la funzione del giudice nell'interpretare le leggi.

Della prima questione, cioè della *strutturale* indeterminatezza delle leggi naturali, abbiamo già detto: ciò deriva dallo stato in cui Hobbes pone le leggi naturali, che sono certamente leggi *di ragione*, ma di una ragione che ormai nulla più ha a che spartire con la natura delle cose. Hobbes, insomma, porta a compimento con ferrea lucidità una completa *separazione* tra il piano della morale e il piano dell'essere: la morale diventa una morale *operativa* e *ipotetica*. Le leggi (morali) naturali non obbligano che *in foro interno*, vale a dire che non obbligano affatto, ma sono soltanto *teoremi* o conclusioni di un ragionamento, che attendono di essere obbediti *solo se* dalla loro obbedienza ne deriva una condizione sufficiente per l'azione. Una morale separata dalla natura, cioè da un complesso strutturato di relazioni, non può che essere una morale indeterminata, perché non mi può dare dare informazione alcuna sui *limiti* del mio e del tuo. Che la vita debba essere rispettata non dice ancora nulla su *quale* vita debba essere rispettata, non certo, per esempio, quella del nemico in guerra. Solo la legge positiva può farlo, e può farlo *non* in ragione di un determinato contenuto presupposto dalla legge naturale, bensì in ragione del principio formale di validità di una legge positiva (*Auctoritas, non veritas, facit legem*). Solo le leggi positive, insomma, possono rendere obbligatorie, *realmente* obbligatorie, le leggi naturali.

Quanto alla seconda questione, invece, per comprendere la posizione del giudice,

occorre preliminarmente comprendere la posizione del Sovrano. Il Sovrano, infatti, non è legato al patto, ma è la condizione (esteriore in quanto solo formale, Schmitt direbbe *esistenziale*) affinché il patto possa aver luogo. Il Sovrano rimane a tutti gli effetti nello *status naturae*. Non c'è alcun dubbio, pertanto, che il Sovrano sia *legibus solutus*. Allo stesso modo il giudice, chiamato ad interpretare la norma, non è tale in quanto possiede una scienza che altri non hanno (la *prudentia iuris* del diritto romano), ma è tale in quanto designato dal Sovrano. Pertanto, non è in forza dei libri di filosofia morale - che altro non sono se non nidi di contraddizioni e fonte di sedizione per Hobbes: non potrebbe essere altrimenti, stante che le leggi naturali sono indeterminate - che la sua interpretazione ha validità giuridica, ma in forza di una speciale autorizzazione concessa dal Sovrano. Il giudice diventa un funzionario del Sovrano, espressione della sua *volontà*. Da un tale punto di vista, è la volontà del giudice che decide quando un caso debba essere regolato dalle leggi naturali e che, in caso, *pone* la legge naturale nella sentenza, il cui valore, quindi consiste nel suo essere posta dall'autorità del Sovrano mediante la delega affidata al giudice. Di nuovo, le leggi naturali obbligano solo in quanto corrispondono alle leggi positive (o alle sentenze, che ad esse sono assimilate), non l'inverso. Ogni riferimento contenutistico cede il passo nell'orizzonte hobbesiano al criterio formale con il quale vengono prodotte le norme: le "norme di struttura" fagocitano le "norme di comportamento".

È interessante a questo proposito rilevare come il problema dell'interpretazione sia negato da Hobbes nella sua dimensione sostanziale per essere risolto in modo solo formale, cioè richiamandosi alla validità formale della produzione delle sentenze. D'altro canto, è comprensibile come non possa essere altrimenti: Hobbes, al pari di tanta parte del moderno giusnaturalismo, ha ridotto il diritto naturale a legge naturale per porla a sua volta nel piano di una morale astratta, in un ordine separato da quello della realtà. Non gli restava altro modo per rendere effettive le leggi naturali se non quello della loro positivizzazione. Ma, una volta compiuto questo passaggio, non resta più nulla delle leggi naturali, fagocitate in tutto e per tutto dalle leggi positive. Laddove l'interpretazione doveva essere esattamente il punto di raccordo tra norma e fatto, tra ordine normativo e realtà - e ciò è possibile solo in quanto è *presupposto* un concreto

ordinamento sociale - in Hobbes questi due mondi non possono toccarsi, essendo il mondo giuridico autonomo rispetto alla realtà. In ciò, non si può negare che il positivismo di Hobbes sia estremamente raffinato, molto più raffinato del positivismo ottocentesco, e che pertanto possa essere avvicinato a quello di Kelsen. Non è un caso che chi voglia spingere all'estremo il formalismo giuridico, ravvisando in ciò, cioè nel principio di validità formale, la fonte dell'autonomia del diritto, si trovi costretto, alla resa dei conti, a negare qualsiasi valore sostanziale all'interpretazione delle norme, riducendo l'interpretazione alla funzione della produzione di nuove norme. In tal senso, Kelsen, con Hobbes, sostiene che la sentenza è una norma a tutti gli effetti[152], rinunciando così a quei requisiti che tradizionalmente erano attribuiti alla legge, quali la sua generalità e la sua astrattezza. Venuti meno questi requisiti, equiparando la legge alla sentenza o al provvedimento, Kelsen coerentemente si scaglia contro il mito della "certezza del diritto", sul quale il positivismo ottocentesco aveva fondato le proprie radici, e con altrettanta coerenza afferma che non c'è differenza tra produzione e applicazione del diritto, essendo l'applicazione del diritto nient'altro che «la produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore»[153], fino ad arrivare a quella «norma individuale» che è la sentenza. Oltre alla certezza del diritto, è un mito anche il suo corollario, cioè la pretesa che il diritto sia un tutto omogeneo quanto al suo contenuto, cioè sia alcunché di semanticamente completo e autonomo. L'autonomia dell'ordinamento giuridico può essere predicata solo in senso formale, cioè nel senso della validità della sua produzione, mentre è nient'altro che un mito - lo ribadiamo - che si dia una decisione "giusta" relativa al senso di una norma, come vorrebbe la scienza ottocentesca del diritto. Può sembrare un paradosso, ma in realtà è perfettamente

---

[152] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960 [1934]; trad. it. di M.G. Losano *La dottrina pura del diritto*, con un saggio introduttivo di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, pp. 387-8.

[153] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien 1960 [1934]; trad. it. di M.G. Losano *La dottrina pura del diritto*, con un saggio introduttivo di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 265. Sul tema dell'interpretazione della legge in H. Kelsen: F. Viola, *Hans Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo 1974; N. Bobbio, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Hans Kelsen*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977; M.G. Losano, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, VL (1968), pp. 524-545; G. Gavazzi, *L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, XXXIV (1957), pp. 217-229.

coerente con i suoi assunti, che il positivismo giuridico abbracci la teoria del diritto libero quando dagli aspetti procedurali si passa agli aspetti contenutistici, attribuendo all'interpretazione il ruolo creativo e produttivo di nuovo diritto. Se si vuole difendere davvero l'autonomia del diritto, la sua "purezza", occorre prendere atto che tale è un'autonomia solo formale e, pertanto, deve prescindere da ogni elemento materiale, ivi compresi quegli elementi contenutistici presenti nelle norme oggetto di interpretazione. La radice di ciò sta nella separazione tra mondo giuridico e mondo reale: sia Hobbes sia Kelsen non possono avvertire il passaggio dall'uno all'altro mondo se non come un "salto nel vuoto".

Quale ruolo hanno allora le leggi naturali nel pensiero di Hobbes? Sembra che la funzione esercitata dalle leggi naturali nel sistema hobbesiano non abbia dato altro esito se non quello di giustificare l'autorità del Sovrano che pone, esegue ed interpreta le leggi. Questa è la spiegazione offerta da Norberto Bobbio in vari suoi scritti dedicati al pensatore di Malmesbury[154], che ci sentiamo di condividere. Le leggi naturali si riducono in sostanza alla sola prescrizione di obbedire al Sovrano: questa è per Bobbio l'unica legge ad avere valore non solo ipotetico, ma normativo quanto al suo contenuto e, pertanto, possiamo dire che la legge naturale abbia un posto, sia pur minimo, nel sistema hobbesiano, quel medesimo posto che, qualche secolo più tardi, ma probabilmente in una temperie culturale non molto distante da quel *bellum omnium contra omnes* che Hobbes aveva dipinto con i colori così vividi della sua immaginazione, sarà occupato da una mera *ipotesi normativa*, qual è la *Grundnorm* kelseniana.

Ai fini del nostro discorso, tuttavia, è importante ritornare sul punto che per noi è centrale, cioè il passaggio dal giusnaturalismo al positivismo giuridico, che è un passaggio *obbligato*. Riteniamo, infatti, che il giusnaturalismo della modernità, concepito come il prodotto di una morale astratta, conduca inevitabilmente al suo opposto, cioè al positivismo giuridico. Se in Grozio "diritto" significava "obbedire a un patto o a una promessa", qualunque fosse il suo contenuto, Hobbes si spinge molto più avanti, con una coerenza ed una determinazione scientifica che Grozio, uomo ancora

[154] Scritti ora raccolti in N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989.

legato a quell'Umanesimo giuridico di matrice religiosa, non poteva conoscere.

PARTE TERZA

LUIGI TAPARELLI D'AZEGLIO TRA PENSIERO CLASSICO E MODERNO

CAPITOLO QUINTO

LE DUE ANIME DI TAPARELLI D'AZEGLIO

Filosofia morale o filosofia del diritto?

Dopo la lettura delle diverse centinaia di pagine in cui consiste la maggiore opera del padre Luigi Taparelli d'Azeglio, il *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, viene da porsi la seguente domanda: si tratta di un'opera di filosofia morale o di filosofia del diritto?

La risposta che ci siamo dati è che si tratta tanto dell'una quanto dell'altra, ma non siamo per nulla sicuri che le due discipline trovino reciproca armonia nel bilancio del pensiero di Taparelli. Ed è per tale ragione che, per gli scopi del nostro lavoro, non è affatto indifferente sapere per quali motivi ed in quale misura il S*aggio* possa considerarsi un'opera di filosofia del diritto e, inversamente, per quali motivi ed in quale misura esso sia un'opera di filosofia morale.

Ci pare, infatti, che nel pensiero di questo Autore convivano, senza trovare una loro sintesi unitaria, due anime: l'una propria del filosofo del diritto, che chiameremo propriamente *giuridica*, l'altra propria del filosofo della morale, che chiameremo *moralizzatrice*. Anticipiamo subito che nella prima anima, quella *giuridica*, Taparelli ci sembra rivelare una certa continuità con il pensiero classico, in particolare con la dottrina di Tommaso d'Aquino, mentre l'anima del *moralizzatore* ci riporta ad una dimensione che sembra piuttosto abitare la moderna dottrina del giusnaturalismo, che pure il Nostro osteggia con tutti i mezzi intellettuali possibili.

Per capire la natura di queste due anime, occorre fare un passo indietro e chiederci quale sia il bersaglio polemico di tutta l'opera taparelliana. Esso è – lo abbiamo già anticipato - il moderno giusnaturalismo, nella misura in cui quest'ultimo separa il diritto dalla morale. Scrive Taparelli nell'*Introduzione* al S*aggio*: «Nasce questo [il giusnaturalismo moderno] dall'aver voluto separare l'*Ethos* ossia principio morale dal *Ius* ossia principio legale: separazione originata essa stessa dalle dottrine

protestanti che a tale separazione dovevano necessariamente ridursi»[155]. In realtà, abbiamo avuto modo di considerare che il dualismo tra legge e morale era ben presente anche in un autore come Suarez che, certo, non possiamo annoverare tra i fautori della Riforma protestante. In ogni caso, possiamo essere concordi sul fatto che, con l'avvento della modernità, si operi una profonda separazione tra morale e diritto, che è una diretta conseguenza di una più originaria e radicale separazione tra morale ed essere, compiuta nel nome della libertà. Abbiamo visto come ciò avvenga nel pensiero di Suarez.

Per rimanere al dettato taparelliano, la separazione tra il principio morale e il principio legale è l'origine di ogni male che la modernità ha prodotto, oltre che nei regimi politici sorti nel seno di una tale dicotomia, anche nelle coscienze delle persone. L'intera opera del padre Taparelli ci sembra essere rivolta a combattere questo male nella sua radice. Se noi andiamo a considerare il *modo* con cui Taparelli tenta di risolvere questo dualismo, troveremmo che si giustappongono le due anime di cui abbiamo parlato, e di cui ora chiariremo la natura.

L'anima giuridica di Taparelli

In san Tommaso il diritto è parte della morale, ma parte dotata di una propria autonomia e di una propria specificità. Non dobbiamo dimenticare che leggi positive obbligano in coscienza tanto quanto le leggi naturali. La frattura tra morale e diritto ha avuto luogo quando si è sottratto il diritto all'ambito di un concreto ordinamento di pratiche e di rapporti e lo si è identificato con un *potere*. Il diritto è diventato la *legge* e la legge è stata definita, nella sua essenza, come la volontà (ossia il *potere*) del legislatore, che crea dal nulla l'obbligazione su un determinato oggetto, se non l'oggetto stesso dell'obbligazione, sul modello del Legislatore divino che crea le cose *ex nihilo*. Ecco che la dicotomia tra morale e diritto è divenuta la dicotomia tra la pura forma della legge, in quanto espressione del potere del legislatore, e il suo contenuto, che pur doveva essere giusto, ma che era, ciononostante, *indipendente* da essa. Ricordiamo, a tal proposito le pagine di Suarez: la legge o *presuppone* un certo contenuto come giusto o

[155] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, introduzione, n. 9, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 5.

essa stessa lo *crea*. In ogni caso, il contenuto non appartiene all'essenza della legge, ma deve venire, in qualche modo, *dal di fuori* di essa. Una legge così concepita, come puro potere del legislatore, pone in essere la dicotomia tra principio di validità formale del diritto e principio di validità materiale, tra forma e materia, tra diritto (inteso come *potere*) e morale.

La soluzione che Taparelli avrebbe potuto adottare per ricomporre tale dualismo non è altra da quella suggeritaci dai testi di san Tommaso: riportare la legge nel seno di un concreto ordinamento. Vale a dire, predicare il diritto nel suo senso primario e fondamentale di ordinamento concreto e ricondurre la legge nel suo ambito, come sua manifestazione e come sua funzione. In tal senso, verrebbe soddisfatta una duplice esigenza: quella di non separare il diritto dalla morale e quella di salvaguardare la specificità della realtà del diritto, che, pur essendo parte della morale, è parte avente una propria autonomia e, pertanto, non può identificarsi compiutamente con essa. Il dover essere del diritto, concepito come concreto ordinamento, non è altro dal dover essere della morale, non è altro dal dover essere della giustizia, ma non della giustizia completamente dispiegata *in ordine moralitatis*, ma soltanto della giustizia intesa nella sua accezione di perfezione dell'ordine, che prescinde cioè dalla perfezione dei soggetti agenti. In altri termini, il dover essere del diritto, la sua moralità, non coincide con il dover essere della pura giustizia, ma il dover essere del diritto è la necessaria mediazione tra la pura giustizia e la realtà concreta e contingente della città. In tal maniera, la dicotomia tra morale e diritto - tra «principio morale» e «principio legale», per usare il fraseggio taparelliano - può essere risolta alla maniera di Tommaso, nella realtà del diritto concepito come concreto ordinamento di pratiche e di rapporti.

Ora, non mancano in Taparelli riferimenti ad una tale prospettiva. Per esempio, vogliamo considerare il titolo stesso della sua opera maggiore: *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*. Ponendo tra parentesi, per il momento, l'aggettivo “naturale” riferito al diritto, troviamo presenti tre elementi che ci paiono gettare luce sull'idea del diritto che, probabilmente, Taparelli intende avanzare. Il termine *teoretico* ci rimanda ad un elemento *ideale*, mentre, sul versante opposto, il *fatto* ci riporta all'esperienza. Il *diritto* (terzo elemento) sembra costituire il luogo della mediazione tra

la pura idealità della morale e della giustizia da un lato, e la fattualità contingente e storica della città dall'altro, tra elemento razionale ed elemento contingente. Così intesa, la prospettiva di Taparelli ci sembra essere compatibile con quella di Tommaso, nel concepire cioè il diritto come ordinamento e nello stabilire un primato dell'ordinamento su ogni altra manifestazione del diritto. Così ci sembra intepretare Giovanni Ambrosetti, il quale sostiene che il diritto «sta proprio nell'esprimere una *attività*, nell'essere la condizione di un ordine che chiede di essere attuato, nell'essere costituito – ecco che finalmente siamo giunti all'elemento più importante – da due elementi indisgiungibili, cioè l'elemento *teoretico* e l'elemento *storico* che è condizione del concretarsi di quello, ossia dell'elemento della *libertà* che rende concreto l'ordine»[156]. Segue questa direzione anche Maria Lucia Tarantino, la quale vede addirittura un parallelo tra la dottrina di Taparelli e l'istituzionalismo di Georges Renard: «Si può dire che nel pensiero di Taparelli sia presente, ancor prima che in quello di Renard, una dottrina sociale fondata sull'istituzione»[157].

Ora, non mancano alcuni passi (a dire il vero assai pochi e peraltro, a nostro avviso, molto equivoci) del Gesuita siciliano a sostegno di una tale interpretazione del diritto come concreto ordinamento, con tutti i caratteri propri di quest'ultimo (l'alterità, l'obiettività, l'esteriorità, la coattività). Per esempio, Taparelli afferma che «il fine sociale immediato è di ordine temporale», e pertanto sono in errore quanti «come il Mamiani […] concedono all'autorità civile quei diritti sull'interno che la Chiesa stessa non riconosce in sé allorché pronunzia: *Ecclesia non iudicat de internis*». In riferimento al diritto penale, il Nostro afferma: «Le reità essenziale può considerarsi e moralmente e civilmente ossia socialmente ed avere sotto questi due aspetti, dei gradi assai fra loro diversi; potendo un delitto *moralmente* gravissimo avere sulla società poca, o anche talora nessuna naturale influenza, e perciò non essere *civilmente* delitto, perché non esternato. Ed ecco perché le società, anche più perfette nell'ordine civico, hanno tollerato e tollerano pur tuttavia certi disordini *moralmente* gravissimi, mentre altri

[156] G. Ambrosetti, *Diritto come potere e diritto come ordine*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e della *Civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, p. 10.

[157] M.L. Tarantino, nell'introduzione all'edizione italiana di G. Renard, *La filosofia dell'istituzione*, Gangemi, Roma 2004, p. 17.

gravemente ne puniscono benché *moralmente* men rei; incaricato della tutela dell'ordine esterno, il legislatore politico deve proporzionare i mezzi al *suo* fine immediato, subordinandolo bensì al fine ultimo; cioè non opponendosi mai al conseguimento di questo, ma non già mirando a questo direttamente».

Se nel passo precedente, abbiamo un accenno ad una distinzione tra l'interiorità degli atti morali e l'esteriorità dell'ordine giuridico, occorre ribadire che i passi in tal senso sono assai pochi. Ciò è dovuto al fatto che Taparelli non aveva chiara la distinzione tra la morale e il diritto, come dimostra il seguente passo, in cui diritto e morale vengono posti in relazione, ma in modo del tutto fuorviante: «Ciò non vuol dire che non possa disgiungersi il diritto dalla trattazione morale, ove questa presuppongasi trattata da altri autori; in quella guisa appunto che può scriversi una trattazione intorno alle sezioni coniche o alla trigonometria presupponendo tutti gli elementi anteriori. Parte della scienza morale è il diritto, come parte delle teorie geometriche la trigonometria e le sezioni coniche»[158]. L'esempio ci mostra come la distinzione tra morale e diritto e la conseguente, sia pur relativa, autonomia del diritto rispetto alla morale non potevano essere adeguatamente comprese da Taparelli sulla scorta di un tale esempio. Anzi, è singolare che, proprio in tale luogo nel quale Taparelli distingue tra morale e diritto, emerga la sua vera intenzione: dedurre dimostrativamente il diritto dalla morale. La matematica e la geometria, infatti, procedono attraverso dimostrazioni e per via analitica, mentre il diritto non può essere analiticamente inferito dalla morale. Quindi il diritto può essere considerato *parte* della morale in un senso assai diverso rispetto a quello secondo il quale la trigonometria è parte della geometria.

Da tutto ciò dobbiamo ricavare che l'anima che abbiamo chiamata *giuridica* di Taparelli è quella meno presente nella sua opera. Ciò si spiega – secondo l'opinione di Giuseppe Graneris[159] – con il fatto che il Gesuita aveva poca familiarità con i testi di san Tommaso. Probabilmente, aggiungiamo noi, si accorda molto meno ai fini che il pensiero di Taparelli intendeva perseguire.

---

[158] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, introduzione n. 13, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 7.

[159] G. Graneris, *I caratteri del diritto naturale nel «Saggio» del p. Taparelli*, in *«Rivista di filosofia neoscolastica»*, XXXIII (1941), p. 372.

L'anima moralizzatrice di Taparelli

L'altra via per risolvere il dualismo tra «principio morale» e «principio legale» consiste nell'affermazione della supremazia della morale sul diritto. Tale supremazia è, come vedremo, affermata in due modi: attraverso la *moralizzazione del diritto* e attraverso la *giuridicizzazione della morale*. Ed è questa via, che risponde alle esigenze di quella che abbiamo chiamato *anima moralizzatrice* del nostro Autore, quella che, a nostro avviso, è indubbiamente più battuta dal Gesuita. Tutto l'operare umano ricade sotto l'ala suprema della morale, che tutto ordina al fine del Creatore. Scrive Taparelli: «Tale è la scienza [la scienza morale] in cui ci introduciamo: e poiché l'operar dell'uomo si distende indefinitamente dal primo atto volontario che egli forma nell'intimo della sua coscienza fino a quella sterminata operazione con cui può un'autorità centrale muovere sterminate moltitudini, una ragione maestra cattivarsi l'assenso di milioni d'intelligenze, un privato interesse intrecciarsi agli interessi di tutta l'umanità; poiché anzi dall'operar morale dell'uom sulla terra vengono in qualche maniera modificati i destini della società immortale nel cielo; dall'intimo della coscienza alla più vasta delle volontà; dall'infimo degli interessi materiali al supremo degli interessi religiosi, tutto può presentarsi come oggetto di scienza morale, e a tutto perciò dovrà distendersi questa trattazione, […] coll'intento di additare i primi principi, e le leggi supreme che in tutta quella sterminata carriera debbono guidare gli atti della libera volontà e somministrare il germe e le ragioni di tutte le scienze che vi si travagliano»[160]. Da qui deriva l'intera partizione del *Saggio* taparelliano, dai doveri verso Dio, a quelli dell'uomo verso se stesso, a quelli dell'uomo verso l'altro uomo. Tutti vengono trattati dal medesimo punto di vista e sotto il medesimo rispetto: quello morale. A nulla giova rilevare che solo un numero esiguo di questi doveri ha valore specificamente giuridico, cioè i doveri dell'uomo verso l'altro uomo, e neppure tutti i doveri appartenenti a quest'ambito hanno valore giuridico. Infatti, per Taparelli non è di alcun interesse una tale considerazione. Il diritto è visto in funzione della morale, e di una morale essenzialmente religiosa, in quanto non è

[160] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, partizione dell'opera, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 10.

possibile distinguere al suo interno i doveri nei propri rispettivi ambiti, perché tutti legati al medesimo fine: dare gloria al Creatore. Infatti Taparelli non perde certo l'occasione per biasimare le dottrine protestanti responsabili del «divorzio fra la coscienza religiosa e il giusto legale»[161]. Il principio primo di ogni società è «amare altrui come se stesso»[162], il primo dovere degli uomini è di amarsi vicendevolmente[163]. Così come esiste un dovere di amore, di amicizia, di gratitudine esistono corrispettivi diritti all'amore, all'amicizia, alla gratitudine (anche se i loro effetti, come ben si capisce, possono essere accidentalmente sospesi quando è difficile giudicarne le trasgressioni)[164]. Infatti, dal dovere dell'uomo di tendere al proprio fine, dal dovere dell'uomo all'amore verso il prossimo, viene ricavato qualsiasi diritto, in sé perfetto e «irrefragabile», ma semplicemente limitato nei suoi effetti esteriori. Taparelli giunge a *moralizzare* tutto il diritto: non c'è nessuna obbligazione specificamente giuridica, ma ogni dovere dell'uomo può essere materia del diritto. Com'è del tutto evidente da una considerazione, anche solo sommaria, dei testi taparelliani, quando si parla di "primato dell'ordine", di "principio dell'ordine", di contro, per esempio, al "primato dell'interesse" delle scienze economiche, non ci si riferisce sicuramente ad un ordine giuridico, ma solo ad un ordine morale, che per Taparelli ha però pieno valore giuridico.

In questo processo di moralizzazione completa e assoluta del diritto, Taparelli finisce per "giuridicizzare" la morale, come vedremo nel prossimo capitolo a proposito del concetto di "diritto soggettivo".

---

[161] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, introduzione, n. 12, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 6.

[162] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 314, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 165.

[163] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 319, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 166.

[164] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 352, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 182.

CAPITOLO SESTO

IL DIRITTO SOGGETTIVO

Sul significato del termine "diritto"

In un brevissima nota a margine del testo, dal titolo *Sopra la voce 'dritto'*, Taparelli ci fornisce le tre accezioni del termine "diritto" che abbiamo considerate al principio del nostro capitolo su Tommaso d'Aquino. In quel luogo, infatti, avevamo distinto tre modi di intendere il concetto di "diritto": la *legge*, la *facoltà*, l'*ordine* (la *res iusta*, nel vocabolario tommasiano). Li ritroviamo presenti in questo brevissimo passo di Taparelli, in una nota a margine del testo, l'*unico*, a nostra conoscenza, in cui emerga, se non una vera e propria definizione, un qualche accenno ad un tentativo di semantizzare il diritto. Scrive Taparelli: «Così, per esempio, *dritto naturale*, *civile*, *ecclesiastico* ecc. è il complesso di quelle leggi che *dritto* ci guidano al fine della natura, della società politica, della religiosa ecc.; *dritto giuridico* è quella facoltà di operare, cui niuno può opporsi senza deviare dal dovere, dal *dritto* ordine ecc.»[165]. In questo passaggio si rendono manifesti i tre significati del termine "diritto": legge, facoltà, ordine. Occorre rilevare, tuttavia, che il termine "legge" è preso in senso molto ampio e non certamente nel senso, assai più ristretto, di "legge giuridica". Dobbiamo pure confessare che, a nostra conoscenza, non vi è nell'opera taparelliana alcuna trattazione della legge specificamente "giuridica": tale rilievo è condiviso anche da altri studiosi[166]. Il «*dritto* ordine» sembra invece ricondurci allo *iustum* tommasiano ma, come vedremo nel prosieguo, una tale identificazione è semplicemente errata, perché Taparelli, nel senso di "ordine", non include alcun carattere che abbia a che fare con quanto è specificamente giuridico, cioè con il diritto: il suo è un ordine puramente e

[165] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, nota XXX, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 102.

[166] Cfr. D. Composta, *Il diritto soggettivo secondo L. Taparelli d'Azeglio*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e della "Civiltà cattolica", Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, p. 62.

semplicemente *morale*. Invero, l'attributo della giuridicità è predicato da Taparelli solo il relazione ad una realtà, che è quella del diritto soggettivo, («*dritto giuridico*»), ovvero della «facoltà di operare, cui niuno può opporsi, senza deviare dal dovere, dal *dritto* ordine». Accenniamo pure che sembra, da una attenta considerazione di tale passo, che il concetto di "facoltà" non sia disgiungibile da quello di ordine: infatti la facoltà è il permesso di operare all'interno dell'ordine; sembra che alla facoltà sia attribuito, sul versante opposto, un correlativo altrui dovere di rispettare detta facoltà, «cui niuno può opporsi». Rimane, tuttavia, che l'unico *dritto giuridico*, cioè l'unica realtà che abbia per Taparelli espresso valore giuridico, sia la *facoltà*, ed è per tale ragione che ci proponiamo di prendere in esame tale concetto nel prosieguo del nostro lavoro.

Il diritto soggettivo: «potere irrefragabile secondo ragione»

Taparelli ci propone diverse volte nel corso del suo *Saggio* una definizione di "diritto soggettivo": «irrefragabile potere secondo ragione»[167]. In questo paragrafo ci concentreremo soprattutto sul termine "potere", che abbiamo visto essere una chiave di lettura estremamente importante della modernità politica. Infatti, è proprio l'aver definito il diritto come "potere", che ci consente di affermare che, in questo luogo, Taparelli sta pagando un non piccolo tributo alle dottrine giusnaturalistiche che pure si propone di contrastare.

Come si caratterizza questo potere in cui consiste il diritto? Si tratta, anzitutto, di un potere *morale*, sulla scia dell'insegnamento di Suarez, che aveva definito il diritto soggettivo nei termini di una *moralis facultas*. Non sappiamo, a dir vero, se Taparelli abbia avuto conoscenza diretta ed immediata dei testi di Suarez: probabilmente non aveva letto il *De legibus*, in cui tale definizione compare, se non dopo che la stesura del *Saggio* era già ultimata da diversi anni. La polemica con Spaventa, che ruotava intorno al pensiero di Suarez, negli anni '50, cioè dopo la stesura del *Saggio*, ci lascia supporre che Taparelli sia stato colto, in un certo senso, alla sprovvista, in quanto non dimostrava di avere una conoscenza diretta dei testi del pensatore di Coimbra, che invece Spaventa

[167] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 350, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 182; n. 352, p. 183; n. 361, p. 186.

vantava. Ciò sarà oggetto di un nostro successivo capitolo. Per il momento ci basti osservare che l'idea di *moralis facultas*, pur avendo remotamente origine in Molina e in Suarez, dovette avere un'ingente fortuna nelle università europee, grazie all'enorme diffusione dell'opera suareziana. Pertanto, con ogni probabilità, Taparelli mutuò tale concetto di *moralis facultas* da qualche autore a lui più prossimo: alcuni sostengono da Romagnosi[168].

In ogni caso, qualunque ne sia l'origine prossima o remota, Taparelli definisce il diritto come un potere *morale*. Scrive il Nostro: «Ogni potere suppone una *forza*. Se dunque il dritto è un *potere* conviene che abbia una forza morale, giacché noi conosciamo queste due sole forze in natura, la fisica che opera sui corpi, la morale che opera sugli spiriti. Aver diritto vuol dire dunque avere un potere morale, un potere sugli spiriti»[169].

L'aver concepito il diritto soggettivo come "potere" conduce quest'ultimo ad essere alcunché di *originariamente* illimitato. Un potere non può essere limitato se non da qualcosa di *esterno* ad esso, cioè dalla materia a cui si applica, nella misura in cui oppone resistenza, così come l'attrito della strada limita il "potere" dell'automobile, o dall'esistenza di altri poteri, esterni e indipendenti, che esercitano su di esso una forza contraria. Per essere più precisi, Taparelli afferma che i poteri sono e restano *in sé* illimitati (e in questo modo viene preservata la sfera dell'interiorità dell'uomo, della morale, che resta intatta nella sua purezza), ma che ne vengono limitati solamente gli *effetti* esteriori. Dobbiamo confessare che in questo luogo Taparelli rivela la sua massima distanza dal pensiero classico: in Tommaso d'Aquino, non avrebbe senso alcuno sostenere l'esistenza di poteri (cioè di diritti soggettivi) illimitati, in quanto diritti e doveri sono *originariamente* limitati, o meglio configurati, dalla loro adesione alla *res iusta*, ad un concreto ordinamento, che ci attribuisce diritti nella misura in cui ci attribuisce doveri, e ci attribuisce doveri nella misura in cui ci attribuisce diritti. Tuttavia i testi di Taparelli, che palesano la distanza del suo pensiero rispetto a quello

[168] Cfr. D. Composta, *Il diritto soggettivo secondo L. Taparelli d'Azeglio*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e della "Civiltà cattolica", Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, p. 62.

[169] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 342, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 179

della tradizione, sono chiari e difficilmente contestabili. Scrive il Gesuita: «E questo diritto, questo potere irrefragabile secondo ragione di fare il proprio bene fin dove si stende? È facile il comprenderlo: la tendenza al bene essendo nell'uomo *per sé illimitata* non può aver limiti se non o dalla materia dei suoi dritti che può mancare, o dai dritti altrui che possono incrociarle il cammino. […] A questo limite i due poteri opposti si collidono, e rimane sospesa l'azione del dritto più debole, essendo impossibile che due poteri sieno *attivamente e contemporaneamente* contrarii»[170]. Poco oltre: «Avvertasi per altro che l'azione del dritto più debole non è *annullata* [ecco preservata la purezza della dimensione morale], ma soltanto arrestata dall'incontro del potere più gagliardo, il quale tanto ne sospende di attività, quanto ne incontra di opposizione. […] Dunque i dritti *in sé* non cangiano per effetto di sola collisione, ma resta sospesa relativamente alla collisione la loro attività»[171].

Giova richiamare che i diritti, intesi come *poteri morali*, sono alcunché di perfettamente compiuto e di illimitato non solo quanto alla sfera morale, ma anche nella dimensione *giuridica*, in quanto – lo ricordiamo – l'unica attribuzione della "giuridicità" del diritto viene predicata da Taparelli a proposito della "facoltà" ("potere", "facoltà", "potestà", "dritto" sono sinonimi nel vocabolario di Taparelli): non la legge, né l'ordine, ma solo la facoltà ha il valore di essere «dritto giuridico»[172]. I limiti di un tale potere in cui consiste il diritto soggettivo abbiamo detto essere determinati o dall'esistenza di altri, contrapposti, poteri o dalla materia cui il potere è applicato. Nel primo caso, la forza in cui consiste il potere morale del soggetto «può essere contrastata da altri dritti che vengano in collisione; nel qual caso benché il dritto sussista, pure non si esterna, come non esternasi presso i fisici quella forza che neutralizzata per la reazione da loro appellasi *forza morta*»[173]. Nel secondo caso, la *materia* cui si applicano i diritti può essere incerta. Vi sono infatti diritti che «non possono perfettamente conoscersi dai titoli

[170] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 361, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 186.
[171] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 362, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, pp. 186-7.
[172] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, nota XXX, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 102.
[173] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 351, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 182.

[il titolo non è altro che l'applicazione del diritto, del potere morale, alla realtà], né paragonarsi esattamente con la *quantità* dell'adempimento». Nondimeno essi rimangono diritti perfetti e illimitati, aventi pieno e compiuto valore giuridico *in sé considerati*, ma i cui effetti sono accidentalmente sospesi per l'oscurità della materia. Si tratta, ad esempio, dei «dritti all'amicizia, alla gratitudine ecc»[174]. Se la legge umana non può intervenire a regolare gli *effetti* di tali diritti è solo «per le tenebre in cui s'involge il titolo e la materia»[175]. È solo un impedimento di fatto, che nulla toglie alla perfezione dei diritti. Quindi, da una morale così concepita, si può dedurre tutto, e tutto ha compiutamente valore giuridico: dal «dritto d'*indipendenza*», cioè «il potere irrefragabile di operare il proprio bene a norma del proprio giudizio», al diritto del nostro nemico, sia pure esso l'ingiusto aggressore, ad essere amato: non viene mai meno il suo diritto ad essere amato, ma ne sono semplicemente sospesi gli effetti: «Non cangiano i suoi diritti, ma solo vengono in collisione col diritto che io ho di ottenere da lui onore, cortesia ecc»[176]. Ora, Tommaso parlerebbe di "diritto all'amicizia" o di un "diritto del nemico ad essere amato" in ambito giuridico? Certo che no. Ma la giuridicizzazione della morale compiuta da Taparelli in nome del diritto inteso come «potere irrefragabile secondo ragione» non lascia veramente fuori nulla. È quest'ultimo un *potere* morale *in sé* perfetto, illimitato, assoluto, che abbraccia tutto, che tutto comprende: non il potere in sé può essere limitato, ma soltanto *quantum ad extra*, limitatamente ai suoi *effetti esteriori*. È peraltro interessante rilevare, a tal proposito, come la materia sia concepita, in tale contesto, nella sua più gretta materialità, come la mera «material condizione»[177] per l'applicazione di un diritto già perfetto e concluso altrove, già avente natura non solo morale, ma anche – e compiutamente – *giuridica*. Siamo davvero lontani dal pensiero dell'Aquinate.

A nostro avviso, è chiaro che un tale potere, concepito originariamente come

---

[174] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 352, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 182.
[175] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 352, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 183.
[176] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, nn. 376-377, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, pp. 196-7.
[177] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 348, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 181.

illimitato, è anche sommamente *indeterminato*. Esso viene ad identificarsi semplicemente con il *lecito morale*. Ma il lecito non è sufficiente affinché si abbia diritto: è presupposto del diritto, ma non lo costituisce formalmente. Perché si abbia azione autenticamente "giuridica" occorre che essa sia rivolta *ad alterum* e che l'alterità sia concepita dal punto di vista della sua *obiettività*, ossia in relazione alla perfezione dell'ordinamento giuridico, prescindendo dalla perfezione morale dei soggetti agenti. Solo in questo modo, compresa nella sua relazione all'ordinamento, la facoltà può trovare concretezza e determinatezza. Diversamente essa resta alcunché di *indeterminato*, come è manifesto nel pensiero di Taparelli.

Priorità dell'ordine (morale) sul diritto soggettivo

Tanti sono i passi dell'opera taparelliana in cui il Nostro enuncia l'illimitatezza del diritto soggettivo, quanti sono i passi che mettono in relazione i diritti soggettivi con i corrispondenti altrui doveri. Così «lo Shylock di Shakespeare o il superuomo di Nietzsche» - espressioni con cui simpaticamente Giuseppe Graneris rappresenta il taparelliano «potere irrefragabile secondo ragione»[178] - diviene più mansueto, in quanto ha come compagno indivisibile il "dovere". Si tratta infatti di un potere morale *secondo ragione*, e la ragione nostra, in quanto partecipe della ragione divina, ci manifesta l'ordine dell'universo. Così potere e dovere si stringono la mano, come «figli gemelli del supremo ordine morale»[179].

Così, molti sono i passi dell'opera taparelliana che valorizzano la dimensione *relazionale* del diritto soggettivo, legandolo al corrispondente dovere e, quindi, all'ordine morale. Scrive il Nostro: «Se io secondo ragione *debbo* a voi rispetto, obbedienza, amore, roba, voi *potete* secondo ragione da me esigere che ve li tributi; ma la obbligazione in me non nasce dal vostro dritto, né il vostro dritto dalla mia obbligazione: sì l'uno e l'altro nascono allo stesso tempo dalle leggi di ordine eterno a

[178] G. Graneris, *I caratteri del diritto naturale nel 'Saggio' del p. Taparelli*, in *«Rivista di filosofia neoscolastica»*, XXXIII (1941), p. 362.
[179] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 347, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 181.

noi comunicate dalla ragion nostra»[180]. In altri termini, vi è in Taparelli il *primato* dell'ordine morale sul diritto soggettivo: tale primato è dettato dal fatto che il diritto ha come correlativo un corrispondente dovere, cosicché né diritto né dovere sono termini originari, ma discendono entrambi dall'ordine morale. L'ordine morale, a sua volta, presuppone l'ordine della «novella metafisica», cui Taparelli accenna più volte nel corso dell'opera sua, ma senza mai chiarire di *quale* metafisica egli stia parlando e a *quale* autore egli faccia riferimento. Si tratta forse della metafisica di san Tommaso? Ci pare di poterne dubitare fortemente.

Ora, però, viene da chiedersi se quest'ultimo sia un ordine puramente morale o piuttosto giuridico. Non c'è dubbio che Taparelli attribuisca la qualità della giuridicità al diritto soggettivo – e, come abbiamo rilevato, solo ad esso. Le espressioni «potere morale», «forza morale» sono equivalenti a «dritto sociale» e «dritto giuridico». Un conto è dire che diritti e doveri si pongono nell'ambito di un ordine *morale*, altro conto è dire che sia loro presupposto un ordine *giuridico*. La risposta che ci sentiamo di dare, intorno al pensiero del Gesuita, è che si tratta puramente e semplicemente di un ordine *morale*. D'altro canto, i diritti soggettivi concepiti alla maniera di Taparelli, come *poteri* illimitati e in sé perfetti, non trovano posto in alcun ordinamento giuridico concreto, che è invece condizione necessaria al darsi di quei diritti, diritti che – sulla scorta dell'insegnamento di Tommaso – non possono essere illimitati, bensì sempre – e originariamente – *limitati* dalla cosa stessa, dalla *res iusta*, rispetto alla quale diritti e doveri vengono predicati. Ai diritti e ai doveri è presupposto in Taparelli un ordine solamente *morale*. A nulla vale la qualifica di *sociale* riferita all'ordine, in quanto la mera socialità dell'uomo può essere esercitata anche nell'ambito della moralità: l'alterità è certamente costitutiva del diritto, ma si tratta di un'alterità *giuridica*, cioè vista da un certo punto di vista, dal punto di vista cioè della perfezione dell'ordine, prescindendo dalla qualità soggettiva dell'agente. Del resto, la morale pura e semplice pone in essere molti doveri nei confronti della comunità e dell'altro uomo, ma di questi solo pochi hanno rilevanza giuridica. Ed in effetti, non pare affatto che Taparelli ponga mente ad

[180] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, n. 347, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 181.

alcuna distinzione tra doveri morali e doveri giuridici. Nell'immenso calderone dei "doveri" Taparelli mette proprio tutto, senza alcuna distinzione di ambiti e di piani: si va dai doveri verso Dio, al precetto evangelico dell'«Amare altrui come se stessi» (primo principio di ogni società); dai doveri di amicizia e di gratitudine, al dovere evangelico di amare il nostro nemico - tutti doveri cui corrispondono altrettanti diritti. Taparelli compie un'immane operazione di *moralizzazione* del diritto: il diritto diviene semplicemente una funzione della morale, e – si badi – di una morale religiosa. Donde l'accusa di clericalismo riferita al suo pensiero non è priva di fondamento.

Inoltre, come nel paragrafo precedente abbiamo cercato di mettere in luce, i diritti soggettivi, intesi, quasi fossero una sorta di energia spirituale che promana dalla persona, come poteri morali in sé illimitati (e limitati solo nei loro effetti, *quantum ad extra*), vengono ad identificarsi con la dimensione del *lecito morale*. «Il che equivale a dire – scrive opportunamente Dario Composta – che il "diritto soggettivo" è posto in essere non dal rapporto o alterità, ma dall'esistenza pura dell'individuo entro l'ordine morale. Sicché gli stessi testi in cui Taparelli dichiara che diritti e doveri suppongono l'ordine sociale, si risolvono in vere obiezioni contro la sua teoria del diritto soggettivo»[181].

Non c'è alcun dubbio che, nel porre diritti e doveri come tra loro correlativi, Taparelli si ponga nel solco della tradizione classica. Ma il Nostro dimentica che essi possono essere, per dir così, correlativi, solo in quanto vengano predicati della medesima realtà, vale a dire la *res iusta*, che è una realtà determinata che va compresa e preservata nella propria specificità. È rispetto ad essa, e alla *proportio ad alterum* che essa manifesta, che diritti e doveri sono correlativi. Pertanto la "correlatività" dei diritti e dei doveri, se è concepita in relazione all'ordine morale, non è in grado di produrre un ordine anche giuridico; ciò invece accade se la correlatività è concepita in relazione alla *res iusta* di tommasiana memoria. Solo nel concreto di un ordinamento giuridico, diritti e doveri ricevono la loro determinatezza. *Infatti, i doveri che sono correlativi ad un diritto illimitato, e perciò indeterminato, saranno essi stessi indeterminati.* Che io abbia

[181] D. Composta, *Il diritto soggettivo secondo Luigi Taparelli d'Azeglio*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e della *Civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, p. 93.

il dovere di rispettare il diritto soggettivo d'altri al perseguimento della propria perfezione non mi dice nulla sui *limiti* di quel diritto o di quel dovere. Il diritto invece ha proprio a che fare con quei limiti, perché è la continua ricerca di un equilibrio sociale, di una giusta proporzione tra le persone. I limiti, insomma, del mio e del tuo (l'*unicuique suum* in cui consiste la giustizia) non sono mere condizioni esteriori che semplicemente sospendano l'effetto di qualcosa di già compiuto e definito altrove.

Diritto e morale

Abbiamo visto che Taparelli lamentava, come un portato delle esecrabili «dottrine protestanti» e del moderno giusnaturalismo - che nasce, secondo l'opinione del Nostro, dal loro seno - la separazione della morale dal diritto. Ricordiamo le sue parole: «Nasce questo [il giusnaturalismo moderno] dall'aver voluto separare l'*Ethos* ossia principio morale dal *Ius* ossia principio legale». È riuscito Taparelli a risolvere tale dualismo, oppure il suo pensiero permane all'interno dell'orizzonte giusnaturalistico moderno?

La risposta che ci sentiamo di dare è negativa: Taparelli non è riuscito a risolvere tale dualismo. Ha tentato, ma invano, di farlo mettendo in campo un'immane operazione di moralizzazione del diritto e di giuridicizzazione della morale. Ora, il diritto può essere considerato funzione della morale in un senso assai ristretto, che non può comunque inficiare la *specificità* della realtà del diritto, che *non è* la realtà della morale. È proprio a salvaguardare la specificità dello *ius* che il pensiero di Tommaso è orientato. La morale, infatti, è per il diritto nello stesso tempo *troppo* e *troppo poco*.

È *troppo* perché non possiamo chiedere agli uomini di *essere virtuosi* a colpi di leggi o di decreti, ma dobbiamo accontentarci, per i fini del diritto, che essi *facciano il giusto*. Il fine del diritto prescinde dalla moralità dei soggetti agenti, in quanto non è alla loro perfezione che esso è primariamente orientato, bensì alla perfezione dell'*ordine* giuridico. Se certamente vi sono, per Tommaso, dei precetti della legge naturale (che è una legge eminentemente morale) i quali possono avere valore giuridico (per esempio la proibizione del furto o dell'uccisione dell'innocente), ciò non significa affatto che la morale sovradetermini il diritto. D'altro canto, sarebbe assurdo che la legge umana si

proponesse di proibire tutti gli atti cattivi degli uomini (l'esempio di Tommaso è la prostituzione), in quanto non è alla perfezione degli uomini che il diritto tende in modo primario, ma alla perfezione dell'ordine. Il dover essere del diritto, infatti, *non è* il dover essere della morale *simpliciter*, non è neppure il dover essere di quella virtù morale che è la giustizia (pura), ma è la mediazione tra la giustizia pura e la realtà contingente e storicamente determinata della città. Il diritto, insomma, ha la propria specificità: il suo dover essere è il dover essere della *propria* realtà, il suo tendere immanente al fine che gli è proprio, che non è il fine della morale *tout court*.

Dall'altro lato, la morale è *troppo poco* per il diritto. Un diritto che si voglia far discendere, per via analitico-deduttiva, dalla morale sarà un diritto sommamente *indeterminato*, perché non tiene conto della realtà storica e contingente della città, che non è quella dell'individuo soggetto morale. Tale è l'accusa che Hobbes muove contro i precetti della legge naturale, qualora questa nutra la pretesa di istruire compiutamente su come debba essere il diritto - critica che ci pare pienamente giustificata. La volontà di inferire *more geometrico* il diritto dalla morale ha condotto, nell'epoca moderna, alla redazione di molti codici di leggi eterne che hanno la pretesa di avere valore giuridico, dalla qual cosa deriva la considerazione del diritto naturale e del diritto positivo come di due blocchi contrapposti, in sé compiuti, perennemente in guerra tra loro. A tal proposito, Kelsen ha buone ragioni per metterci al cospetto di un ingombrante dualismo: quale bisogna scegliere? Il codice naturale, concluso dalla notte dei tempi ma non sufficientemente determinato, o il codice positivo, determinato, mutabile e adattabile alle circostanze?

Inutile dire che non vi è traccia di un tale dualismo nel pensiero classico, così come non vi è traccia dell'altro dualismo, denunciato da Taparelli: quello tra «principio morale» e «principio legale». La ragione di una tale assenza nella tradizione classica consiste in ciò: nell'aver saldamente ancorato il diritto alla *res iusta*, nell'averlo concepito come un concreto ordinamento di pratiche e di rapporti. «Ius *obiectum* iustitiae»: la giustizia appartiene al diritto, ma non *secundum se tota et secundum omnia sua*, bensì solo in relazione al suo *obiectum*. Ecco che l'*obiectum* assume una propria specificità, come il figlio ha la propria autonomia dalla madre e il bene del figlio non

coincide *immediatamente* con il bene della madre. Al contrario, Taparelli rimane all'interno di tale dualismo: la sua anima moralizzatrice, come l'abbiamo chiamata, protesa a far diventare il diritto una mera appendice della morale, lo testimonia.

CAPITOLO SETTIMO

LA PROPRIETÀ

Premessa: la 'proprietas possessionum' in Tommaso d'Aquino

In questo capitolo, prenderemo in esame il concetto di proprietà privata dei beni nel pensiero di Luigi Taparelli d'Azeglio.

Prima di accingerci a fare ciò, sarà utile richiamare in proposito la posizione dell'Aquinate, il quale affronta il tema della proprietà privata dei beni (*proprietas possessionum* o *dominium*) in diversi luoghi della sua opera più matura: la *Summa Theologiae*.

Abbiamo già considerato, nel capitolo sul diritto nell'Aquinate, come la mera facoltà non possa avere rilievo *originariamente* giuridico. Infatti, la *pura* facoltà del soggetto, per quanto lecita, non entra ancora nel tempio del diritto, per la semplice ragione che manca la cosa, la *res iusta*. È questo un punto fondamentale, che segna la distanza dal pensiero del Dottore d'Aquino dai pensatori della modernità, i quali attribuiscono alla facoltà di appropriarsi di un bene, valore *originariamente* giuridico. Non dobbiamo dimenticare che la produzione dei beni non è per Tommaso un fatto pregiuridico: compito delle arti: «Iustitia non consistit circa exteriores res quantum ad facere, sed quantum ad hoc quod utitur eis ad alterum»[182]. La *mera* facoltà di appropriarmi di questo campo di terra, di questo pozzo, etc., in altri termini, deve essere un'azione sicuramente lecita, ma non per questo appartiene all'ambito del diritto, bensì semplicemente all'ambito dell'economia[183]. Il lecito, infatti, per quanto sia

[182] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 3, ad 3um.

[183] A tal proposito, nel nostro capitolo sul diritto nell'Aquinate, abbiamo proposto un passo della *Contra Gentes* che mostra chiaramente come la facoltà, senza la mediazione della cosa, non può appartenere già al tempio del diritto. Riportiamo il passo: «L'atto di giustizia, consistendo nel rendere a ciascuno il suo, è sempre preceduto da una funzione con la quale un essere rende propria una cosa, com'è evidente nella vita umana: uno infatti lavorando merita che gli sia reso il compenso con un atto di giustizia. Perciò l'atto col quale inizialmente si rende propria una cosa non può essere già un atto di giustizia». Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa contra Gentes*, libro II, capp. XXVIII-XXIX, § 2; trad. it.

innegabilmente un presupposto del diritto, non lo costituisce formalmente. D'altro canto, come abbiamo avuto modo di rilevare, il lecito morale non è necessariamente rivolto *ad alterum*, come invece lo è *essenzialmente* il diritto. Il diritto, per Tommaso, *proprie loquendo*, è la *res iusta*. Quest'ultima è tale non in quanto lecitamente prodotta, bensì in quanto essa svolge una determinata funzione sociale («quantum ad hoc quod utitur eis ad alterum»): la facoltà *giuridica* di beneficiare di un bene sorge dall'uso sociale che se ne fa, cioè dall'appartenenza della cosa al bene comune. La facoltà non è altro che il ripiegamento soggettivo della cosa sul soggetto che trae da essa beneficio. Ovviamente la *res iusta* in una tale prospettiva – non ci stanchiamo di ribardirlo – tutto è fuorché una cosa bruta: essa è tale solo in quanto manifesta, rivela, una certa *proportio ad alterum*. Ha ben ragione a tal proposito un autore come Bobbio, che certo non può essere annoverato tra i seguaci del pensiero di san Tommaso, a definire il sistema giuridico dell'Aquinate con l'attributo di *reicentrismo*[184]. Da tale prospettiva, non vi potrebbe essere maggiore distanza tra il pensiero dell'Aquinate e le istanze soggettivistiche del moderno giusnaturalismo. Scrive opportunamente Louis Lachance nel suo classico studio sul diritto nell'Aquinate: «Autre est, pour lui [per san Tommaso], ce qui fait qu'une action soit juste e autre est la faculté de l'accomplir. Elle n'est pas juste parce qu'on a la faculté de la faire, mais on n'a la faculté de la faire que parce que elle est juste»[185].

Secondo una tale prospettiva, già dovrebbe apparire come il diritto alla proprietà privata dei beni non possa essere disgiunto dal bene comune della comunità politica, cui indubbiamente partecipano i singoli, ma in quanto *parti* di esso. Anche nell'ambito della giustizia commutativa, Tommaso parla sempre degli individui come *parti*: la giustizia commutativa si differenzia dalla giustizia distibutiva in quanto quest'ultima ha per oggetto il rapporto del tutto nei confronti delle parti, mentre la prima ha per oggetto le *parti* (non gli individui, astrattamente considerati) nelle loro reciproche relazioni[186].

Somma contro i Gentili, UTET, Torino 1997 [1975].

[184] N. Bobbio, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, XVI (1936), n. 4-5.

[185] L. Lachance, *Le concept de droit selon Aristote e S. Thomas*, Sirey, Paris 1933, p. 401.

[186] Questo punto è stato messo bene in luce da Lachance nella già citata opera. Cfr. L. Lachance, *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Sirey, Paris 1933, pp. 376-82. Scrive Tommaso: «Iustitia

Pertanto, non vi può essere alcun titolo giuridico che non abbia come riferimento, immediato o mediato, il bene comune.

Affermare l'originaria giuridicità della facoltà di appropriazione significa, negli Autori moderni, affermarne l'appartenenza originaria al diritto naturale. Il diritto naturale, in tali Autori, nel novero dei quali - come vedremo – anche Taparelli può essere ascritto, consiste nell'inferire *direttamente* dalla natura dell'uomo il diritto alla proprietà privata dei beni. Ciò corrisponde, a nostro avviso, come abbiamo cercato più volte di porre in luce, al tentativo, proprio della modernità giuridico-politica, di inferire dalla morale, quasi *more geometrico*, una serie di principi giuridicamente vincolanti. Si tratta di quell'opera che abbiamo chiamato di *giuridicizzazione* della morale. Abbiamo anche rilevato come una tale operazione abbia come presupposto il dualismo, tipicamente moderno, di morale e legge, cui corrisponde il tentativo, da un lato, di giuridicizzare la morale e, dall'altro, di moralizzare il diritto. Ora, è fuori discussione che, nel pensiero dell'Angelico, diritto naturale e diritto positivo non sono due blocchi omogenei e in sé compiuti. Inoltre, Tommaso ha espressamente escluso che la proprietà privata dei beni possa essere derivata analiticamente dai primi principi della legge naturale. Occorre ribadire con chiarezza che, per Tommaso, la proprietà è un istituto di diritto positivo, sia pure di quel diritto positivo, in cui consiste lo *ius gentium*, che rappresenta le conclusioni (o, per meglio dire, le quasi-conclusioni) più vicine ai principi della legge naturale, «quae non sunt multo remotae a principiis». Queste conclusioni, che Tommaso chiama anche prudentemente "quasi conclusioni" per evitare fraintendimenti, non sono affatto assimilabili alle conclusioni che possiamo ottenere nelle scienze dimostrative. Mentre, infatti, nelle scienze dimostrative, le conclusione sono dedotte analiticamente dai principi, lo stesso non si può dire delle conclusioni della ragione pratica, che sono sempre mediate dall'*esperienza* e che considerano, non la realtà *absolute considerata*, nelle sue implicazioni analitiche, bensì gli effetti sociali complessivi di quella realtà nel contesto sociale, che possono essere più o meno lontani dai principi della legge naturale. Più che di una ragione deduttiva o dimostrativa, si

---

legalis sufficienter quidem ordinat hominem in his quae sunt ad alterum, quantum ad commune quidem bonum, immediate; quantum autem ad bonum unius singularis personae, mediate». Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 58, a. 7, resp.

dovrebbe più opportunamente parlare di una ragione discorsiva. Non ci convince il rilievo di Armando Barale[187], il quale sostiene la tesi secondo la quale la ragione per cui san Tommaso non pone la proprietà privata tra i requisiti della legge naturale *simpliciter* consiste nel fatto che la proprietà privata dei possessi è una conseguenza del peccato – e ciò che appartiene al peccato non potrebbe essere che di diritto positivo. Ora, Barale non cita alcun riferimento ai testi dell'Aquinate che supporti espressamente ciò. Certamente l'Aquinate si richiama alla condizione edenica nella quale tutti i beni erano concessi in comune da Dio agli uomini, ma da ciò non si deduce affatto che la ragione del sorgere della proprietà come istituzione umana sia dettata dalla caduta dell'uomo nello stato di peccato. Del resto, la proprietà comune dei beni sembra essere propria di molte comunità monastiche, le quali sono anch'esse sottoposte al peccato. Certamente, Tommaso distingue tra la "natura" delle cose, la quale è sottoposta soltanto al potere di Dio, e l'uso che delle cose può fare l'uomo, in quanto tale potere gli è conferito da Dio stesso, come l'Aquinate ricorda facendo esplicito richiamo al I libro della *Genesi*. Ora, non vogliamo addentrarci in argomenti teologici che non ci competono e con i quali dobbiamo confessare di non avere molta familiarità. Tuttavia non è da escludere, secondo il dettato tommasiano, che certe comunità molto piccole e poco organizzate, che non richiedono un'organizzazione dei lavori e dei compiti particolarmente strutturata, possano prevedere la proprietà comune dei beni. Le parole di san Tommaso ci sembrano chiare: la distinzione tra proprietà comune e proprietà privata *non è* la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, come se si trattasse di due blocchi contrapposti, in quanto il diritto naturale, strettamente considerato, non ci impone né la proprietà comune, né la proprietà privata e, d'altro canto, il diritto positivo non è alcunché di estraneo e di compiuto al di fuori del diritto naturale. Scrive Tommaso: «Communitas rerum attribuitur iuri naturali non quia ius naturale dictet omnia esse possidenda communiter et nihil esse quasi proprium possidendum, sed quia secundum ius naturale non est distinctio possessionum, sed magis secundum humanum condictum, quod pertinet ad ius positivum […]. Unde proprietas possessionum non est contra ius

[187] A. Barale, *Il concetto di proprietà nel p. Taparelli*, Cottolengo, Pinerolo 1960, pp. 64-6.

naturale; sed iuri naturali superadditur per adinventionem rationis humanae»[188]. Da questo passo emerge chiaramente come la proprietà privata dei beni sia stata, in certo senso, aggiunta (*superaddita*) dalla ragione naturale dell'uomo per venire incontro alle esigenze di una società organizzata. In tal caso, l'istituto della proprietà privata dei beni appartiene a tutti gli effetti al diritto naturale come una conclusione (meglio, una quasi-conclusione) dei principi della legge naturale applicata alla concreta realtà sociale determinata in un certo tempo e luogo. In tal senso, il diritto naturale subisce una flessione ad opera della ragione umana *per modum additionis*[189]: «distinctio possessionum […] non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem, ad utilitatem humanae vitae. Et sic in hoc lex naturae non est mutata nisi per additionem»[190].

Così la proprietà privata dei possedimenti è funzionale all'*utilitas humanae vitae*. Non troviamo alcun argomento nel dettato tommasiano che ci porti ad un'affermazione apodittica della proprietà privata. Non dobbiamo peraltro dimenticare che le quasi-conclusioni della legge naturale possono mutare, nel pensiero dell'Aquinate, non solo *per modum additionis*, ma anche *per modum subtractionis*[191]. Non si può pertanto escludere *a priori* che l'esigenza della proprietà privata dei possessi venga meno in seguito a dei cambiamenti sociali in forza dei quali essa non sia più funzionale all'*utilitas humanae vitae*. Già abbiamo affermato che non è neppure possibile escludere, stando al dettato dell'Aquinate, che certe comunità ristrette, che, pur essendo a tutti gli effetti comunità politiche, non richiedano un'organizzazione assai strutturata dei compiti tra i loro membri, possano fare a meno al loro interno dell'istituto della proprietà privata in favore della proprietà comune dei beni.

Certo è che, nell'attuale situazione di sviluppo delle comunità politiche, la proprietà privata manifesta la propria utilità, in vista della pace e della concordia dei cittadini. Nella questione 66 della *Secunda secundae*, san Tommaso prende in esame le ragioni per le quali la proprietà privata dei possedimenti è senz'alcun dubbio utile all'uomo e alle comunità. Tommaso, avendo in mente gli argomenti già impiegati dallo

[188] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-IIae, q. 66, a. 2, ad 1um.
[189] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, resp.
[190] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, ad 3um.
[191] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 94, a. 5, resp.

Stagirita, ne enumera tre: «Primo quidem, quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid quod sibi soli competit quam aliquid quod est commune omnium vel multorum […]. Alio modo, quia ordinatius res humanae tractantur si singulis immineat propria cura alicuius rei procurandae, esset autem confusio si quilibet indisticte quaelibet procuraret. Tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est. Unde videmus quod inter eos qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius iurgia oriuntur»[192].

Per concludere, non solo in Tommaso non possiamo rinvenire alcuna affermazione apodittica del diritto alla proprietà privata, ma neppure tale diritto può essere concepito come *illimitato*, in quanto è originariamente limitato dalla sua adesione alla *res iusta*, dalla sua appartenenza ad un concreto ordinamento di pratiche e di rapporti sociali avente natura obiettiva.

Il diritto di proprietà privata come diritto di indipendenza

In tanta parte della modernità il diritto alla proprietà privata dei possessi è assurto a modello di "diritto soggettivo" *par excellence*, a tal punto che, per alcuni, quando si parla di "diritto soggettivo" ci si riferisce *tout court* al diritto di proprietà.

Ora, non ci sembra per nulla che il discorso di Taparelli sul tema della proprietà segua l'impostazione tommasiana. La trattazione del diritto di proprietà in Taparelli è, piuttosto, in linea con la sua trattazione del diritto soggettivo, che tanta parte occupa nel suo sistema. Infatti, la proprietà privata sgorga, nel Gesuita, non da motivi legati alla pace e all'ordine di una comunità politica, bensì, in modo immediato, dalla stessa natura umana. Il concetto di "diritto soggettivo" come esigenza inviolabile della natura morale dell'uomo lo testimonia. Nel capitolo precedente abbiamo richiamato la definizione di "diritto soggettivo" offertaci dal nostro Autore: «potere irrefragabile secondo ragione». L'operazione da lui portata avanti di *moralizzazione* del diritto è strettamente congiunta a quella di *giuridicizzazione* della morale, come abbiamo avuto modo di mostrare. Così, il *potere irrefragabile* in cui consiste il diritto soggettivo è «dritto giuridico» a tutti gli effetti nel pensiero del Nostro. Alla pretesa morale (al *potere* morale) del soggetto viene

[192] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 66, a. 2, resp.

perciò attribuita originaria validità giuridica. Avevamo anche rilevato in quella sede come il diritto soggettivo, in quanto è concepito come un *potere*, non può trovare in se stesso i propri limiti, ma questi ultimi verranno in qualche modo *dall'esterno* di esso: vuoi dalla materia, che può essere insufficiente o «oscura», vuoi dalla collisione con altrui diritti. In questi casi, non il potere in quanto tale è limitato, bensì soltanto gli *effetti* di quel potere. Alla luce di tali osservazioni, passiamo a considerare quel particolare diritto soggettivo che Taparelli chiama «dritto d'*indipendenza*», sul quale il Nostro fonda il diritto alla proprietà privata dei possessi.

Il diritto di indipendenza è definito in questi termini: «Questo potere irrefragabile di operare il proprio bene a norma del proprio giudizio senza esserne ragionevolmente impedito, è ciò che appellasi dritto d'*indipendenza*»[193]. Tale diritto viene all'uomo in quanto egli è destinato a tendere al bene propostogli dal suo Creatore. Poiché il principio primo della morale taparelliana è "Dare gloria al Creatore", è facile intendere come una tale tendenza ad un siffatto bene sia *illimitata*, così come illimitato ne sarà anche il corrispondente diritto. Infatti il Nostro non esita ad affermare: «E questo dritto, questo potere irrefragabile secondo ragione, fin dove si stende? È facile il comprenderlo: la tendenza al bene essendo nell'uomo *per sé illimitata* non può aver limiti se non dalla materia dei suoi dritti che può mancare, o dai dritti altrui che possono incrociarle il cammino»[194]. Per precisare ulteriormente i termini della questione, Taparelli distingue un diritto di avere o di usare dei beni esterni e un diritto di escludere gli altri dai propri possessi[195]. Il primo diritto è quello che suole chiamarsi "di conservazione", mentre il secondo è quello che Taparelli chiama "di indipendenza". Scrive il Nostro: «Da questi due diritti nasce da se stesso il diritto di *escludere*, poiché 1° col diritto di conservazione io posso *prenderne* i mezzi; 2° presili con questo diritto io li *ho*; dunque pel dritto d'indipendenza non posso esserne privato»[196].

---

[193] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 360, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 186.
[194] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 361, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 186.
[195] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 400, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 204.
[196] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 401, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 186.

Giova a questo proposito rilevare come vi sia una differenza nella teorizzazione del diritto di proprietà privata tra Locke e Taparelli. Non v'è dubbio, infatti, che per il filosofo inglese la proprietà privata dei beni emerga dalle istanze stesse della natura umana come per Taparelli. Tuttavia, Locke pone la proprietà nell'essenza dell'uomo in un senso diverso. Per Locke la proprietà appartiene all'essenza dell'uomo in quanto ogni essere umano è dotato della «proprietà della propria persona» e, in tal senso, «il lavoro del proprio corpo e l'opera delle proprie mani possiamo dire che sono propriamente suoi»[197]. Da ciò, Locke inferisce la necessità per l'uomo di procurarsi, mediante il lavoro, dei beni esteriori con cui garantire la propria sopravvivenza. Tuttavia, tali beni non sono del tutto "esteriori", ma costituiscono, in qualche modo, parte della sua stessa essenza, quasi un'appendice esteriore della persona, una sfera entro la quale si manifesta l'essenza dell'uomo. In tal senso, il lavoro non è semplicemente un *mezzo* con cui l'uomo si procura da vivere, ma è il modo di manifestarsi della natura umana. L'essenza dell'uomo è lo stesso lavoro, è la sua "forza lavoro": celebri sono le parole di Karl Marx a tale proposito, riferite al pensiero di Adam Smith, ma che potremmo estendere anche al pensiero lockeano. Scrive il filosofo di Treviri: «Pertanto a questa economia politica illuminata, che ha scoperto l'*essenza soggettiva* della ricchezza – nell'ambito della proprietà privata – appaiono come *feticisti*, come *cattolici*, i seguaci del sistema monetario mercantilista che considerano la proprietà privata per l'uomo come un'essenza *soltanto oggettiva*. Engels ha dunque a ragione chiamato *Adam Smith* il *Lutero dell'economia politica*. Come Lutero riconobbe nella religione, nella *fede*, l'essenza del mondo reale e perciò si contrappose al paganesimo cattolico; così egli eliminò la religiosità *esterna*, riducendo la religiosità ad essenza interna dell'uomo»[198].

---

[197] J. Locke, *The Second Treatise of Government*, cap. V, § 27.

[198] K. Marx, *Oekonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844*, Mosca 1932; trad. it. di N. Bobbio *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Einaudi, Torino 1968 [1949], pp. 97-8. Importanti riflessioni sull'astrattezza del lavoro considerato come *essenza* dell'uomo sono svolte da Hannah Arendt nel III capitolo del suo *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1958; trad. it. di S. Finzi *Vita activa. La condizione umana*, intr. di A. del Lago, Bompiani, Milano 1988 [1964], pp. 58-96. Hannah Arendt, prendendo spunto dall'espressione lockeana «il lavoro del proprio corpo e l'opera delle sue mani» per mostrare come lavoro e opera alludano a realtà diverse, ne critica l'assimilazione: «La distinzione tra lavoro e opera [scompare] del tutto; ogni opera [deve] diventare lavoro, perché tutte le cose [sono] concepite, non nella loro qualità terrena, oggettiva, ma come risultati della forza lavoro vivente e funzioni del processo vitale» (p. 64). Il lavoro,

L'astrattezza del lavoro è fondamentale agli intenti di Locke per perseguire le proprie finalità. Abbiamo già accennato al fatto che la moderna concezione della morale assume un carattere *strutturalmente* operativo, cioè tende a farsi prassi politica nel soddisfacimento dei fini di una classe determinata. Non c'è dubbio che il fine cui il pensiero di Locke tende sia il soddisfacimento delle esigenze della nascente borghesia, che ha trovato espressione nelle istanze parlamentaristiche successive alla "Rivoluzione Gloriosa" del 1688: ponendo l'essenza dell'uomo nel lavoro, e nel lavoro astrattamente concepito, cioè nei termini di una "forza lavoro", egli persegue l'intento di giustificare l'incremento indefinito delle ricchezze attraverso il denaro, che altro non è se non lavoro (astratto) accumulato. Dalla giustificazione del diritto alla proprietà dei beni al diritto all'accumulazione dei capitali il passo è breve. C'è da aggiungere che il problema del pauperismo non si presentava all'attenzione del filosofo inglese: l'abbondanza delle terre oltre l'Atlantico doveva permettere agli uomini di poter finalmente beneficiare di ogni sorta di ricchezza nella pacifica convivenza dell'umanità. La sua visione è fondamentalmente ottimistica e traeva la propria ragion d'essere, probabilmente, dal contesto culturale del suo tempo. Molti sono i passi di Locke che ci indirizzano in questo senso: «Né questa appropriazione di una porzione di terra sulla base della coltivazione di essa reca pregiudizio agli altri uomini, poiché ne rimane sempre a sufficienza e altrettanto buona, e più di quanta ne possa servire a chi ne è ancora sprovvisto»[199]; e ancora: «E così, considerata l'abbondanza di scorte naturali che da tanto tempo esistono nel mondo, e i pochi consumatori, e quanto piccola sia la parte di tali scorte che potrebbe l'industria di un uomo raggiungere e accaparrarsi a pregiudizio di altri […], ben scarsa occasione rimarrebbe per dispute o contese sulla proprietà così stabilita»[200]; «Vi è terra sufficiente al mondo per bastare al doppio degli abitanti»[201].

---

insomma, concepito astrattamente, cioè nella sua indipendenza dalla realtà obiettiva dell'*opera*, diviene una mera funzione del ricambio organico dell'organismo umano.

[199] J. Locke, *The Second Treatise of Government*, cap. V, § 33.

[200] J. Locke, *The Second Treatise of Government*, cap. V, § 31.

[201] J. Locke, *The Second Treatise of Government*, cap. V, § 33. Queste pagine lockeane sulla giustificazione della proprietà mediante il lavoro si situano in un particolare contesto storico-sociale. Da un lato, infatti, nell'Inghilterra della fine del Seicento, si andava attuando quel fenomeno che viene definito delle *enclosures*, cioè della delimitazione - letteralmente della "recinzione" - dei terreni attraverso l'abolizione, in vista di un loro sfruttamento intensivo ed esclusivo, dei gravami feudali,

Nel tornare a considerare, nel prosieguo, il pensiero di Taparelli, dovremo tenere presente la questione del *pauperismo*, che Locke, per ragioni storiche, poteva permettersi di ignorare; non più Taparelli, ai cui tempi la cosiddetta "questione sociale" aveva assunto delle proporzioni difficilmente ignorabili.

Taparelli, al pari di Locke, pone il diritto alla proprietà dei beni nelle esigenze della stessa natura umana, ma in modo diverso rispetto al pensatore inglese. Mentre per Locke la proprietà deriva dall'essenza dell'uomo in quanto l'essenza dell'uomo è il lavoro, in Taparelli la giustificazione del diritto di proprietà deriva dal naturale diritto di indipendenza, proprio di ogni uomo, «di operare secondo il proprio giudizio»[202]. Il lavoro non è che un *mezzo* attraverso il quale l'essere umano esercita il proprio diritto all'indipendenza. In tal senso, è riscontrabile una certa ambiguità nei testi taparelliani: da un lato, infatti, il mezzo attraverso cui viene esercitato il predetto diritto di

---

che, tuttavia, garantivano ai contadini che vi risiedevano un'economia di sussistenza, attraverso, per esempio, la raccolta della legna, la libertà del pascolo, l'abbeveraggio alle fonti, etc. Ciò ha significato in larghissima misura il peggioramento delle condizioni dei contadini e la fuga nelle periferie urbane, procurando così il sorgere di un immane fenomeno di urbanizzazione. Dall'altro lato, la scoperta del nuovo mondo ha significato per i coloni l'immensa disponibilità di terre considerate vergini, potenzialmente occupabili e sfruttabili intensivamente. Lo stesso Locke afferma: «Un acro di terra, che produce qui venti staia di grano, e un altro acro in America che, con la stessa coltivazione, produrrebbe lo stesso, sono senza dubbio dello stesso intrinseco valore naturale; tuttavia il vantaggio che l'umanità ricava dall'uno vale cinque sterline all'anno, e quello che ricava dall'altro non vale forse nemmeno un *penny*, se tutto il profitto che un indiano ne ricava potesse essere valutato e venduto qui, anzi, direi, nemmeno un millesimo» (Cfr. J. Locke, *The Second Treatise of Government*, cap. V, § 43). È chiaro che, in una tale prospettiva, la pacificazione universale che l'adozione della proprietà privata avrebbe dovuto significare, non poteva avere luogo in popoli che non conoscevano le teorie lockeane sulla proprietà, che, per quanto nutrano la pretesa di essere fondate indefettibilmente sulla natura umana, sono un prodotto del tempo e del contesto culturale dell'Inghilterra della fine del Seicento – e, si badi, rappresentano gli interessi tutt'altro che dissimulati di una particolare classe sociale. Come opportunamente scrive Michel Villey, «On n'a jamais vu dans l'histoire que les droits de l'homme fussent exercés au profit de *tous*» (Cfr. M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983, p. 153). Al contrario, in nome della teoria lockeana della proprietà, si è fatto strada il miraggio di una "terra vuota", disponibile all'occupazione e allo sfruttamento indiscriminato dei conquistatori, sulla base del principio secondo il quale "C'è abbastanza terra per tutti, basta imparare a farla fruttare; ma, siccome noi sappiamo come farla fruttare, voi indigeni dovete essere naturalmente sottomessi alle potenze colonizzatrici". Su questi aspetti, è d'obbligo rimandare al classico volume di D.E. Stannard, *American Holocaust. Columbus and the Conquest of the New World*, Oxford University Press, Oxford-New York 1992; trad. it. di C. Malerba *Olocausto americano. La conquista del Nuovo Mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2001, in particolare le pp. 371-79. Sulla base di tali considerazioni, Stannard sviluppa una fondamentale distinzione tra il colonialismo spagnolo e il colonialismo nordamericano, che sono fenomeni *strutturalmente* diversi, il secondo essendo ideologicamente molto più "raffinato" del primo.

[202] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 360, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 186.

indipendenza è fatto consistere nel *lavoro*, dall'altro lato il Nostro si pronuncia espressamente in diversi punti in modo differente, sostenendo che il *mezzo* per l'esercizio di tale diritto consiste nella mera *occupazione*. Scrive infatti: «Questo dominio mi fu acquistato, come ognun vede, dalla occupazione di quel bene, o diciam meglio, la occupazione fu il fatto concreto che determinò il mio dominio sopra un dato oggetto»[203]. Se la lettura complessiva dei testi di Taparelli e il senso generale che se ne ricava sembrano farci propendere per una considerazione che pone il lavoro come condizione necessaria per l'acquisto della proprietà su un bene, è tuttavia innegabile che non vi sono pronunciamenti espliciti a tale riguardo. La mera *occupazione* sembra essere per il Gesuita una condizione sufficiente per l'ottenimento esclusivo di un bene.

I limiti al diritto di indipendenza

È ora opportuno considerare i limiti di quel diritto, in linea di principio illimitato, in cui si fa consistere il fondamento razionale della proprietà privata dei possessi. Poiché il diritto di indipendenza è, per Taparelli, diritto *giuridico* a tutti gli effetti, come abbiamo rimarcato più volte, ci aspetteremmo che anche i *limiti* di tale diritto siano *giuridicamente* vincolanti.

Ora, Taparelli non nega espressamente ciò. Ad ogni diritto il Gesuita fa corrispondere un dovere correlativo. Il punto centrale della questione è però, a nostro parere, il fatto che nessuno di quei doveri può essere giuridicamente spendibile.

Veniamo quindi a considerare i limiti posti da Taparelli al diritto d'indipendenza. In primo luogo, ogni diritto soggettivo trova una propria limitazione nella materia e nell'esistenza di opposti altrui diritti. Tuttavia, a fronte di un tale diritto astrattamente considerato, concepito come originariamente *illimitato*, e limitato solo nei suoi effetti esteriori, quindi *indeterminato*, noi non possiamo opporre che doveri altrettanto *indeterminati* e, quindi, giuridicamente irrilevanti. Al mio diritto d'indipendenza è opposto l'altrui dovere di rispettare il mio diritto, ma quali sono i confini di quel diritto e di quel dovere?

[203] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 402, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 204.

Non c'è dubbio che Taparelli ponga di contro al diritto una serie infinita di obblighi, verso se stessi, verso la propria famiglia, verso Dio. Il suo intento di moralizzatore non trova confini di sorta. Infatti, «Conseguenza del dovere di conservarsi è l'obbligo di avere cura del proprio corpo, della sanità, della decenza; l'obbligo di conservare la riputazione, l'obbligo di procacciare uno stato ove abbiamo sostentamento, e con quei mezzi di agiatezza che al nostro fine possono agevolmente condurre»[204]. Nessuno di questi obblighi può avere valore giuridico, in quanto manca il requisito fondamentale dell'alterità. Si deve inoltre osservare che tutti questi obblighi, che Taparelli pone in capo al proprietario, sono funzionali al dovere primario di ogni uomo, cioè quello di dare gloria al suo Creatore. Per tale ragione, cioè per dedicarsi alla gloria del Creatore, occorre una certa agiatezza materiale, in quanto i doveri dell'uomo verso se stesso non sono che il presupposto per il compimento dei suoi doveri verso Dio[205]. Ancora una volta, i doveri verso Dio non entrano nell'ambito giuridico.

Quanto invece ai doveri sociali, intorno ai quali potremmo ritrovare qualche elemento di giuridicità, non siamo più fortunati. Dal primo dovere sociale, che consiste nel precetto evangelico dell'«amare altrui come se stesso»[206], non possiamo inferire nulla che abbia validità giuridica. Infatti, l'*unica* limitazione che ci pare di rinvenire nei testi di Taparelli all'estensione del diritto di proprietà è il precetto della *carità*.

Taparelli, se da un lato concepisce il diritto di proprietà come illimitato e afferma essere somma ingiustizia qualsiasi sua limitazione che non collida con gli altrui diritti, dalla qual cosa deriva l'ingiustizia da parte dello Stato di sottrarre possedimenti ai ricchi per aiutare i poveri, sia pure dietro compenso[207], dall'altro lato il Nostro si appella al dovere del cristiano di esercitare la beneficenza a vantaggio dei poveri. Scrive Taparelli: «Lo dice la natura, lo ripete la carità, lo dimostra la filosofia, lo sente per istinto il criterio naturale: se Dio ha voluto la proprietà indefinitamente aumentabile, la

---

[204] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 279, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 150.

[205] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, nn. 205-257, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, pp. 127-41.

[206] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 314, Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949, p. 165.

[207] *La civiltà cattolica*, II (1857), pp. 652, 653, 658; III (1857), pp. 180, 182, 184; III (1862), p. 156.

ha voluta a condizione che indefinitamente, e a proporzione dei veri bisogni, si ripartisse quasi da sé medesima, ad irrigare ed aumentare tutte le piante di questa vigna coltivata dal padre universale di famiglia: e la giusta proporzione di questa distribuzione sta appunto in quella legge evangelica: - Date il superfluo: date quod superest»[208].

Non crediamo ci sia ulteriore bisogno di richiami ai testi taparelliani: l'unico limite posto in capo al proprietario consiste nel precetto evangelico della beneficenza. Vale a dire che nessun limite giuridico è posto né all'accumulazione indefinita delle ricchezze, né ad una loro equa distribuzione sociale. Come Taparelli ricorre a Dio per affermare che la proprietà è indefinitamente aumentabile, allo stesso modo ricorre a Dio per obbligare il fedele all'esercizio della beneficenza.

Così, solo una società *cristiana*, in cui viga il precetto della carità, può dirsi una società giusta. Taparelli, infatti, afferma espressamente che «melior est conditio possidentis»: la «causa radicale e filosofica» di tale affermazione sta tutta «in quel principio di carità che forma l'anima della società anche naturale: e che, sublimato dal Redentore ad ordine soprannaturale, è divenuto l'anima della società cristiana»[209].

Per concludere, l'intero pensiero di Taparelli rimane saldamente rinchiuso nella sfera della morale - e di una morale religiosa, in quanto non prescinde mai dalla Rivelazione positiva. Possiamo certo apprezzare l'opera del teologo, ma non riguarda i nostri fini. Ciò che invece ci riguarda consiste nella considerazione secondo la quale il diritto soggettivo di indipendenza, sul quale è fondato il diritto al privato possesso, non trova di fronte a sé alcun limite giuridicamente vincolante.

Osservazioni critiche conclusive

Mentre Taparelli svolge la sua opera di moralizzatore, la questione del pauperismo rimaneva irrisolta, non essendo i proprietari evidentemente così ben disposti ad accogliere i precetti evangelici.

Armando Barale afferma che il pensiero di Taparelli, su questa questione, è

[208] *La civiltà cattolica*, III (1862), p. 156.
[209] *La civiltà cattolica*, II (1857), p. 430.

manifestamente in contrasto con diversi pronunciamenti papali[210] ed arriva ad affermare che «il concepire, come fa il Taparelli, come cosa naturale e voluta dalla Provvidenza lo stato di soggezione e di servitù di migliaia di uomini, va ritenuta una dottrina diametralmente contraria a quella insegnata dagli ultimi papi ed in modo speciale da Pio XII, che ha affermato essere il conseguimento di una proprietà privata un'esigenza della dignità umana e della nobiltà del lavoro»[211].

Ora, è bene precisare che non siamo interessati ad argomenti teologici, se non nella misura in cui essi rivelano la scarsa propensione del nostro Autore per il diritto. Infatti, abbiamo visto come la morale, separata dal diritto e vista nel suo dualismo con esso, divenga nella modernità una morale *strutturalmente* operativa, volta a beneficiare alcuni piuttosto che altri. Concludiamo con le parole di Armando Barale, che ben rispecchiano l'intento complessivo del pensiero taparelliano: «La spiegazione [al fatto che il pauperismo non fosse considerato un problema] c'è, ed è assai dura: il Taparelli nella condizione di servitù di migliaia di uomini non vede il minimo inconveniente! Egli ci presenta tale condizione come conforme alla Provvidenza divina, la quale "ha dato ad un capo di casa una testa capace di governare molte braccia, negando intanto a molte braccia la capacità della propria testa"»[212].

---

[210] Pio XI nell'enciclica *Divini Redemptoris* scrive: «Non si può dire di aver soddisfatto alla giustizia se gli operai non hanno assicurata la propria sostentazione e quella della loro famiglia con un salario proporzionato a questo fine, se non si facilita loro l'occasione di acquisire qualche modesta fortuna, prevenendo così la piaga del pauperismo universale». Pio XII, nel messaggio natalizio del 1942, afferma: «La Chiesa non può ignorare o non vedere che l'operaio, nello sforzo di migliorare la sua condizione, si urta contro qualche congegno, che, lungi dall'essere conforme alla natura, contrasta con l'ordine di Dio e con gli scopi che Egli ha assegnato ai nei terreni».

[211] A. Barale, *Il concetto di proprietà nel p. Taparelli*, Cottolengo, Pinerolo 1960, p. 115.

[212] A. Barale, *Il concetto di proprietà nel p. Taparelli*, Cottolengo, Pinerolo 1960, p. 113.

CAPITOLO OTTAVO

L' AUTORITÀ

Premessa: teoria partecipativa e teoria ilemorfica dell'autorità

Per introdurci all'idea che Taparelli ha dell'autorità, cominciamo da una netta distinzione tra due modelli di essa, che corrispondono a quelle che definiamo "teoria partecipativa" e "teoria ilemorfica" dell'autorità.

La teoria partecipativa dell'autorità vede l'originaria sede dell'autorità politica nel popolo o nel corpo politico. L'autorità, in tal senso, non costituisce il corpo politico, ma ne è una *funzione* immanente. A nostro avviso – come vedremo meglio nel prosieguo – tale dottrina è affermata dagli autori che si rifanno a san Tommaso d'Aquino e alla tradizione giuridico-politica classica in genere. In tale prospettiva, l'autorità non è affatto la *forma* della società, in quanto la forma della società è la *conspiratio in bonum commune*, ma ne è semplicemente – lo ripetiamo – una *funzione*, sia pure necessaria al perseguimento del fine.

Taparelli, al contrario, si allontana da Tommaso e dagli scolastici su questo punto, proponendo una concezione dell'autorità intesa come *forma* della società[213]. Da qui la nostra definizione della dottrina da lui proposta come di una "teoria ilemorfica" dell'autorità. Così come la forma è indipendente dalla materia, allo stesso modo l'autorità è originariamente indipendente dal corpo politico che va ad informare. Taparelli non esita ad aggiungere che l'autorità deriva direttamente da Dio attraverso le vicende della storia e dà forma ad una società che in origine non può dirsi propriamente tale, essendo una mera *dissociata multitudo*, pura materia senz'anima. In un passo molto chiaro, Taparelli paragona l'autorità rispetto alla società politica a ciò che l'anima è per

[213] Sul tema dell'autorità e sull'allontanamento di Taparelli dagli scolastici cfr. A. Perego, *Meteconomia finanziaria del Taparelli*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e de *La civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, pp. 365-78; A. Perego, *Autocritica taparelliana nella questione dell'origine dell'autorità*, in *«Gregorianum»*, XXXI (1950), pp. 125-37.

l'uomo: «Intanto ci sembra posto in piena evidenza l'autorità essere nella società ciò che l'anima è nel vivente, ciò che la forza nel corpo, cioè un intrinseco essenzial principio di unità, di moto, di conservazione»[214]. I passi in cui il Gesuita nega recisamente che l'autorità possa risiedere nel popolo non si contano nella sua opera[215], così come non si contano i passi nei quali egli sostiene che l'autorità provenga direttamente dalla Provvidenza divina: «Ed ecco perché il linguaggio veridico dei padri nostri attribuì con profonda filosofia a Dio solo il dispensar gli scettri, protestando tal dogma nei titoli dei Sovrani *N.N. Dei gratia Rex*. Dono di Dio è la sovranità sì perché alla divina autorità si appoggia l'autorità in astratto, sì perché dalla divina Provvidenza deriva quella superiorità *di fatto* per cui l'autorità sociale si concentra su una persona determinata»[216]. L'anima della società, insomma, è infusa da Dio stesso; diversamente, essa sarebbe come un corpo senz'anima. Come un corpo senz'anima è un cadavere, così una società senza autorità è nient'altro che una *dissociata multitudo*.

Taparelli e Spaventa lettori di Suarez sull'origine dell'autorità e sulla democrazia

In questo lavoro ci limiteremo ad enucleare alcuni nodi concettuali e problematici sui temi dell'origine dell'autorità e della democrazia a partire dalla riflessione di Luigi Taparelli D'Azeglio e di Bertrando Spaventa. In proposito, faremo riferimento ad un'intensa e appassionata polemica tra i due, apparsa negli anni 1853-54 rispettivamente sulle riviste *La Civiltà Cattolica* e *Il Cimento*. Viste le ridotte dimensione cui questo scritto è vincolato, non potremo approfondire tutti i diversi aspetti di questo dibattito: sarà sufficiente in questa sede cercare di comprendere i punti salienti della questione.

Il dibattito verte intorno ad un interrogativo fondamentale, formulato più o meno

---

214 L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 429, Edizioni de *La civilità cattolica*, Roma 1949, p. 219.

215 L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, nn. 466-485 e 504-556, Edizioni de *La civilità cattolica*, Roma 1949, pp. 248-56 e pp. 271-98.

216 L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, vol. I, n. 503, Edizioni de *La civilità cattolica*, Roma 1949, p. 268.

in questi termini da Spaventa: «Per quale ragione i Gesuiti del XIX secolo sono così fortemente antidemocratici, mentre i loro predecessori del secolo XVI furono sostenitori della democrazia?». In particolare, l'autore oggetto della controversia è Francisco Suarez. In gioco ci sono due diverse, anzi opposte interpretazioni del pensatore tardo-scolastico: l'una, quella di Spaventa, che lo vede precursore delle teorie contrattualistiche e democratiche di Rousseau; l'altra, al contrario, che tenta di inserirlo a pieno titolo nel nuovo assolutismo dell'epoca della Restaurazione.

In realtà, il discorso sulla democrazia come regime politico positivo nasconde una questione ben più generale e radicale sull'origine ed il significato dell'autorità politica, questione alla quale noi siamo eminentemente interessati per gli scopi della nostra ricerca. Suarez, infatti, afferma *expressis verbis* l'origine "democratica" dell'autorità politica. Quest'ultima, infatti, abita originariamente la comunità politica e non questo o quell'individuo particolare, perché «ex natura rei, omnes homines nascuntur liberi, et ideo nullus habet iurisdictionem politicam in alium, sicut nec dominium»[217]. Si ponga tuttavia attenzione al fatto che qui non si sta parlando della democrazia come di un regime politico positivo, in quanto distinto – poniamo – dalla monarchia o dalla aristocrazia, ma soltanto dell'origine "sociale" dell'autorità politica: l'autorità appartiene in principio alla comunità tutta (*respublica*, *communitas*), che può poi mantenerla per sé (ed allora avremmo la democrazia come regime politico positivo) oppure trasferirla ad uno o più individui particolari (monarchia, aristocrazia). Tratteremo più avanti della presunta democraticità di Suarez, sostenuta da Spaventa, nel senso della democrazia come regime politico positivo, distinguendo tra una "democrazia positiva" ed una "democrazia negativa".

Tornando al nostro discorso sull'origine dell'autorità politica, rileviamo come Spaventa affermi che la comunanza tra il pensiero di Suarez e quello di Taparelli consista apparentemente in queste due semplici affermazioni, che tuttavia ricevono dai due autori significati differenti nell'ambito del complesso delle loro trattazioni giuridico-politiche: 1) "non esiste società senza autorità"; 2) "ogni autorità viene da Dio". Discuteremo ora tali affermazioni.

---

[217] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*, libro III, cap. 2, § 3.

1) L'affermazione "non esiste società senza autorità" significa in Suarez che l'autorità è necessaria alla società, al punto che non vi può essere quest'ultima senza la prima. Su tale affermazione concorderebbe anche il padre Taparelli. Tuttavia, in Suarez la portata di questa sentenza è ampliata fino ad affermare l'immanenza originaria dell'autorità nella comunità politica, mentre nel padre Taparelli ciò è, sia pur velatamente e mai in modo espresso, negato. In Taparelli l'autorità è costitutiva della società in un senso molto più forte che in Suarez: il Gesuita dell'Ottocento non si limita ad affermare che l'autorità è necessaria alla società, ma sostiene che l'autorità costituisca la "forma" della società. In altri termini, per Taparelli l'affermazione "non esiste società senza autorità" significa che la società, senza l'autorità, non sarebbe più società, ma nulla più che una *dissociata multitudo*. In Suarez, invece, l'autorità è sì una funzione *necessaria* della società, ma non è costitutiva di essa in senso forte, e cioè come la forma è costitutiva della materia nel senso che la "informa", la unifica, la circoscrive e le conferisce un fine. La forma della società, per Suarez, non è l'autorità, qualunque ne sia l'origine, bensì il fine politico, costituito dalla comune tensione verso il bene comune. L'autorità altro non è che una funzione, sia pur necessaria, di tale fine politico. Taparelli, al contrario, abbracciando la teoria per la quale l'autorità sta alla società come la forma sta alla materia, è costretto ad affermare l'origine esterna dell'autorità rispetto alla società, esattamente come la forma è esterna alla materia, non è derivabile da essa. In tal modo, l'autorità viene ad essere alcunché di "calato dall'alto" che informa una *dissociata multitudo*: l'autorità può dirsi "sociale" solamente nel senso limitativo per cui la società è la materia della quale l'autorità costituisce la forma. Scrive Spaventa: «Essa [l'autorità] si dice popolare, sociale, nazionale ecc., non già nel senso spiegato di sopra, ma nel senso che, mancando la moltitudine, l'unità non sarebbe attuale, perché mancherebbe ciò che dev'essere ridotto ad unità [cioè il supporto materiale]»[218].

[218] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911.

Possiamo affrontare tale questione concernente il legame dell'autorità con la società prendendo in esame quali sono i giusti titoli per il *possesso* dell'autorità. Per Spaventa, in Suarez c'è soltanto un modo legittimo e universale di possedere l'autorità: che la comunità che la detiene la conferisca ad una o più persone. Sembrano fare eccezione due casi, cioè l'eredità e la conquista. Tuttavia, mentre per Spaventa in Suarez vi è la riduzione di questi ultimi due casi alla prima fattispecie, in Taparelli questi vengono intesi come tre distinti titoli aventi la medesima importanza. Scrive Suarez nel *De legibus ac Deo legislatore* del 1612: «Successio haereditaria non potest esse prima radix huius potestatis in rege. Quapropter necesse est ut primus habuerit potestatem supremam immediate a republica: successores autem illius ab illa habeant mediate et radicaliter; et quia res transit ad successores cum suo onere, conditiones illae, cum quibus primus rex a republica regnum acceperit, ad successores transeunt, ita ut cum iisdem honeribus regnum habeant»[219].

Per quanto riguarda la guerra giusta come titolo per il possesso dell'autorità, scrive Suarez: «Quando haec subiectio fit per iustum bellum ad unum regem, iam supponitur in eo potestas regia per quam possit talem bellum indicere, et illa solum est veluti iusta extensio regni: ergo semper reducenda haec potestas regia ad aliquem, qui, non per bellum, sed per iustam electionem vel populi consensionem, illam comparaverit. Ergo a sufficienti divisione recte concluditur, potestatem hanc a republica ad principem manasse»[220].

Un'altra conseguenza della teoria taparelliana dell'autorità come "forma" della società, e quindi della trascendenza dell'autorità rispetto alla società, è il ruolo paternalistico che questa viene alla fine ad assumere. Molti sono negli scritti taparelliani gli esempi che assimilano il re o il principe a un buon padre di famiglia che ha cura dei propri figli. In questo modo, però, come abbiamo già accennato e come avremo modo di chiarire nel prosieguo, si perde il significato specificamente "politico" dell'autorità politica, che non può essere assimilato

[219] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*, libro III, cap. 4, § 2.
[220] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*, libro III, cap. 4, § 4.

all'autorità paterna. Certo non neghiamo che vi sia un aspetto pedagogico nell'autorità anche politica, ma non è affatto questo che ne costituisce la peculiarità, poiché l'autorità politica avrebbe ragione di sussistere anche qualora tutti i membri della società fossero perfettamente capaci di agire. Mentre l'autorità paterna, come vedremo, è sostitutiva, l'autorità politica è destinata a permanere perché, allorché vi è società, vi è la necessità di un principio di decisione comune[221]. Paradossalmente, infatti, proprio Taparelli, che esalta l'autorità fino al punto di renderla costitutiva dell'unità politica, abbraccia una teoria "limitata" dell'autorità, secondo la quale essa è destinata a venire meno con il venire meno delle esigenze pedagogiche nei confronti dei soggetti che ne sono sottoposti.

2) Immediatamente connessa a questo aspetto dell'origine esterna (non immanente alla società) dell'autorità politica è la questione della sua origine divina. Anche in questo caso, l'affermazione "l'autorità viene da Dio", che altro non è se non la celebre espressione dell'apostolo Paolo nell'*Epistola ai Romani*, riceve significati assai differenti nei due Autori. Mentre per Taparelli l'autorità, in quanto esterna alla società, viene *direttamente* da Dio, in Suarez l'autorità viene da Dio solo nel senso per cui Dio, in quanto Creatore del mondo e della natura, è il creatore anche dell'autorità. L'autorità, insomma, è qualcosa di "naturale", in quanto naturale è la società, cui l'autorità compete necessariamente. Ma ciò non significa affatto, in Suarez, che l'autorità abbia origine *immediatamente* da Dio, senza cioè la mediazione del popolo, al quale Dio l'ha concessa perché l'esercitasse nel modo più opportuno in vista del fine politico, da sé o partecipandola ad altri. In altri termini, a noi pare che Taparelli abbracci una forma, neppure mal celata, di *teocrazia*, affermando che l'autorità deriva direttamente da Dio per il tramite della storia, attraverso la quale Dio opera il Suo volere.

   Ed è a buona ragione che, a questo punto, si inserisce la critica di Spaventa,

[221] Su questi aspetti dell'autorità nella prospettiva della filosofia classica rimandiamo al classico volume di Y-R. Simon, *Philosophy of Democratic Government*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di R. Fabbri *Filosofia del governo democratico*, Massimo, Milano 1983.

secondo la quale Taparelli confonde il diritto con il fatto e fonda il diritto sulla brutalità dei fatti della storia. Vediamo più da vicino tale critica. Scrive Spaventa: «È evidente che la *Civiltà cattolica* confonde la quistione di fatto con la quistione filosofica o di dritto; in altri termini, l'origine storica dell'autorità e dello Stato con la loro origine ideale»[222]. L'argomento della *Civiltà cattolica* suona più o meno in questo modo: affinché davvero vi siano uguali diritti per tutti, occorre che gli uomini siano davvero uguali, non solo per natura o di diritto, ma effettualmente. Ma, poiché *di fatto* non in tutte le società gli uomini sono uguali, ma esistono società in cui alcuni governano ed altri obbediscono, allora va da sé che alcuni sono chiamati *per diritto* a governare, mentre altri sono *per diritto* costretti all'obbedienza. Taparelli, insomma, contesta a Suarez l'affermazione iniziale della sua dottrina, secondo la quale gli uomini nascono tutti liberi e nessuno è sottoposto all'autorità di un altro. Scrive il Gesuita: «Bisogna ammettere la necessità d'incarnare in una persona l'autorità sociale; e siccome il possesso dell'autorità non nasce dalla natura, né è ordinariamente rivelato da Dio, così dee trovar la sua causa, al par d'ogni altro diritto, in qualche fatto umano particolare»[223]. Da tale punto di vista, il consenso della collettività sociale non è affatto necessario al darsi di un'autorità, poiché questo fatto «può ridursi o al consenso degli uomini o al diritto dei nostri simili. Ma anche quando trattasi di consenso volontario, ben può accadere che il legame si formi insensibilmente e i sudditi si trovino legati, quasi senza avvedersene, pei successivi incrementi della società e per l'influenza sempre crescente di qualche più valente personaggio. Nei quali casi, costui si troverà divenuto superiore prima ancora di possederne il titolo: e la società acquisterà nel medesimo tempo e la nuova forma politica, e il principe che la governa»[224] (da notare, qui, tra le altre cose, come Taparelli confonda la forma politica con il regime politico). Secondo Spaventa, Taparelli *o* santifica il diritto fondandolo sul fatto, *o* afferma

[222] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911, p. 173.
[223] L. Taparelli d'Azeglio, ne *La civiltà cattolica*, II serie, vol. IX, p. 604
[224] L. Taparelli d'Azeglio, ne *La civiltà cattolica*, II serie, vol. IX, p. 605

una vuota tautologia, secondo la quale «perché la democrazia esista realmente (eguaglianza concreta e individuale) è necessario che esista realmente (che tutti gli individui siano uguali di fatto)»[225]. Scrive ancora il padre Taparelli, rispondendo ad un anonimo veneziano che aveva avanzato critiche simili a quelle mosse da Spaventa: «Anche qui vedete che il raziocinio non conchiude per quella ragione notissima, a chi ha fior di logica, che i dilemmi non hanno forza quando lor manca un corno. Or tale è appunto il dilemma dell'autore, che potrebbe ridursi a questa forma: *Il potere o deve appartenere ad alcuno per necessità di natura, o risiede nel popolo*. Come vedete, noi possiamo aggiungere a questa disgiuntiva almeno un'altra proposizione, dicendo che il potere può ad alcuno individuo appartenere, non per necessità di natura, ma per ragioni individuali, le quali lo rendono più atto d'ogni altro a guidar la moltitudine. E questa, che l'anonimo aveva omessa, è appunto la *più ragionevole* tra le parti della disgiuntiva, sia che la consideriate in teoria che in pratica»[226]. A parte il fatto che non si comprende per quale ragione sia più ragionevole che il potere appartenga a qualche individuo particolare piuttosto che al popolo, ritroviamo anche in questo passaggio la medesima confusione tra "questione di fatto" e "questione di diritto": che un individuo sia più abile e più virtuoso di un altro è solamente una questione di fatto, che nulla ha a che fare con la questione della legittimità del potere che esercita. Scrive Spaventa: «Qui è evidente, che la *Civiltà cattolica* non fonda il dritto sulla *natura dell'uomo*, ma sulle *disuguaglianze con le quali nascono gli uomini*. Suarez dice: la società è naturalmente (cioè nella sua *essenza*) democrazia, perché la natura è la stessa in tutti gli uomini. La *Civiltà cattolica* dice: la società è naturalmente l'opposto della democrazia, perché tutti gli uomini *nascono* disuguali»[227].

Una considerazione critica del padre Taparelli alla teoria dell'immanenza

---

[225] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911, p. 170.

[226] L. Taparelli d'Azeglio, *Esame critico dei governi ammodernati*, I, § 127. L'opera è precedente alla polemica con Spaventa.

[227] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911, p. 166.

dell'autorità nella società consiste nella rilevazione di una contraddizione che tale dottrina porterebbe con sé. Infatti – argomenta Taparelli – l'individuo, in una siffatta società, sarebbe nel contempo "sovrano" e "suddito". In tal caso, ancora una volta, il padre Taparelli non vede alcuna società *prima* dell'attribuzione dell'autorità a questo o a quell'individuo particolare. Infatti, l'individuo, inteso come puro individuo, è sempre e soltanto suddito, mentre è la società, come organismo dotato di un fine politico proprio, distinto da quello degli individui, a possedere l'autorità.

Suarez, autorità e democrazia

A nostro parere, una delle ragioni – ma non l'unica, crediamo - per la quale Taparelli si è precluso la possibilità di abbracciare una saggia teoria dell'autorità consiste nel fatto che questa, agli occhi del nostro Autore, sembrava troppo compromessa con la democrazia, per la quale il Gesuita serbava una forte avversione.

Ma – questa è la domanda che ora ci poniamo – Suarez era davvero democratico? Per Taparelli, naturalmente, Suarez non è affatto democratico, mentre, sul fronte opposto, Spaventa afferma la sostanziale democraticità del pensatore tardo-scolastico, arrivando financo a considerarlo un precursone delle moderne teorie contrattualistiche e democratiche di Rousseau. Vi sono poi delle posizioni intermedie nell'interpretazione del filosofo spagnolo, quali quella di Carlo Giacon[228], che discuteremo in seguito.

Prima di considerare la lettura spaventiana di Suarez, occorre svolgere una breve premessa. Abbiamo, infatti, affermato poc'anzi la sostanziale propensione del Gesuita di Coimbra alla democrazia. Tuttavia, per Spaventa, questa riguarda soltanto la *lettera* della sua dottrina, mentre lo *spirito*, o l'*intento ultimo*, non era affatto democratico. Lo scopo di Suarez, infatti, era quello di deprimere a tal punto il potere politico delle monarchie secentesche[229], che per Spaventa costituivano senza dubbio un motivo di

[228] C. Giacon, *La seconda scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, in *La seconda Scolastica*, vol. III, Bocca, Milano 1950.

[229] Ricordiamo a tal proposito che Suarez vive in un'epoca che vedeva già la nascita degli Stati assoluti. Il suo trattato *De Legibus ac Deo legislatore* è stato pubblicato già avanti nel tempo, a Coimbra nel

grande progresso nella civiltà europea, per affermare il potere del papa sui popoli cristiani. Si tratta, naturalmente, del *potere indiretto* del papa di intervenire nelle faccende temporali. *Indiretto* non solo quanto al contenuto, nel senso che le cose temporali sono nell'interesse del romano pontefice nella misura in cui hanno a che fare con quelle spirituali, ma anche nelle modalità della sua espressione: il potere temporale del papa viene ora esercitato non più direttamente nei confronti dei sovrani, ma attraverso la mediazione dei popoli, in un'epoca in cui l'Europa iniziava il suo processo di secolarizzazione e sorgevano le prime monarchie assolute. Proprio per tali ragioni, la *lettera* del dettato suareziano è per Spaventa fortemente democratica, nell'intento di contrastare le monarchie secolarizzate del Seicento dando voce ai popoli amici del papa e della Chiesa. Tuttavia, il processo di secolarizzazione dell'Europa moderna non si arrestò e dello *spirito* suareziano rimase soltanto la *lettera*, che conduceva, attraverso Grozio e giù fino a Rousseau, alla progressiva immanentizzazione del potere politico nella società[230].

Ora, non possiamo conoscere quanta familiarità avesse Taparelli con i testi suareziani. Alcuni Autori dubitano che ne avesse svolta una lettura diretta e approfondita.

Certo è che vi sono molti elementi che conducono a dubitare della adesione del pensatore granadino ad un sistema politico di democrazia positiva. Indubbiamente vi è in Suarez la concezione dell'immanenza dell'autorità nella comunità politica – ed in ciò si riflettono alcune idee classiche, ereditate dalla tradizione scolastica.

Tuttavia, occorre porre delle distinzioni. Da un lato, infatti, vi è nel pensatore spagnolo una larvale teoria contrattualistica, probabilmente figlia di un approccio individualistico, che abbiamo già visto operante nella sua concezione del diritto soggettivo, della *moralis facultas*. Una tale prospettiva individualistica, sia pur

---

1612. Anche in ragione di un tale mutato contesto storico, possiamo rinvenire le differenze tra il suo pensiero e quello di altri pensatori della Seconda Scolastica. Mentre, per esempio, Vitoria, abitava ancora nell'aura universalistica della prima fase dell'impero spagnolo, impersonato da Carlo V, Suarez vede la nascita della monarchia di Filippo II, lo Stato assoluto della Controriforma. Su questi aspetti, cfr. F. Todescan, *Introduzione* al *Trattato delle leggi e di Dio legislatore. Libro I*, a cura di O. De Bertolis, CEDAM, Padova 2008, pp. LIII-LVI.

230 La stessa tesi fu sostenuta pure da un epigono di Spaventa, G. Saitta, nel capitolo dedicato a Suarez contenuto nel volume *La scolastica del secolo XVI e la politica dei Gesuiti*, Bocca, Torino 1911.

estremamente moderata e sfumata, - come del resto ogni affermazione del granadino è all'insegna della moderazione, - lo conduce, in una certa misura, ad affermare un *prius* dell'individuo sulla società. Si può distinguere, infatti, tra un "consenso sociale" e un "consenso politico". Scrive a tale proposito Franco Todescan nella sua *Introduzione* all'edizione italiana del *De Legibus*: «Mentre il *consenso politico* si fonda sull'atto volontariamente prestato alla comunità politica per stabilire una determinata forma di governo (monarchica, aristocratica o democratica), il *consenso sociale*, che lo precede e condiziona (*De legibus*, l. III, c.2, n. 4) consiste nel previo impegno reciproco a rispettare i diritti degli altri uomini: la comunità umana, intesa in questo senso generalissimo, costituisce la *democrazia naturale* primitiva e prepolitica. Questo consensus sociale tuttavia, pur non essendo un mero insieme di atti singoli, non è neppure un fenomeno naturale spontaneo: esso *risulta* nella società "non sine interventu voluntatum [..] hominum" (*De legibus*, l. III, c. 3, n. 6), ove il riferimento al termine "risultare" è della massima importanza, indicando esso, nel pensiero suaresiano, il concorso di molteplici cause convergenti, cioè la volontà degli uomini, intrecciata all'azione di Dio»[231]. Da questa sorta di consenso sociale, che sta a fondamento dell'istituzione della società, emerge la matrice individualistica e volontaristica del suo pensiero. A tal proposito, Suarez non esita a parlare espressamente di un *pactum*, di un contratto sociale[232] in forza del quale sorge una comunità politica, che non può essere più considerata, come nella tradizione classica, nei termini di una continuità organica che procede dalla famiglia, al villaggio, alla città; poiché vi è, nell'evoluzione di queste istituzioni verso la comunità politica, l'interposizione di un chiaro elemento volontaristico. In tal senso, Carlo Giacon[233] parla a questo proposito di una *democrazia naturale* o di una *democrazia negativa* nel pensiero di Suarez, distinguendola da una *democrazia positiva*, intesa come regime politico positivo, contrapposto ad altri regimi politici positivi quali la monarchia e l'aristocrazia. La democrazia come regime politico positivo, quindi, deriva dalla scelta libera e consapevole di coloro che hanno espresso il

[231] F. Todescan, *Introduzione* al *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, a cura di O. De Bertolis, CEDAM, Padova 2008, nota 84, pp. XLVII-XLVIII.

[232] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 2, § 4; libro III, cap. 3, § 1.

[233] C. Giacon, *La seconda scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, in *La seconda scolastica*, vol. III, Bocca, Milano 1950, pp. 155-88.

loro consenso alla costituzione di un certo regime politico: essa non è di diritto naturale o divino, bensì esclusivamente di diritto positivo e umano. Scrive Suarez: «Potestatem civilem, quoties in uno homine vel principe reperitur, legitimo ac ordinario iure a populo et communitate manare, vel proxime, vel remote»[234]. E ancora: «Potestas gubernativa politice, secondum se considerata, sine dubio est ex Deo, tamen esse in hoc homine est ex donatione ipsius reipublicae; ergo sub ea ratione est de iure humano; item quod regimen talis reipublicae sit monarchicum, est ex homine institutione, ergo et principatus ipse est ab hominibus […], cuius signum est quia juxta pactum vel conventionem factam inter regnum et regem eius potestas maior vel minor existit»[235].

Tuttavia, sarebbe un grave errore spingere troppo in là la concezione suareziana della democrazia naturale fino a renderla un regime politico positivo. Prima di enucleare le ragioni che condurrebbero ad un tale fraintendimento, è opportuno rilevare come una tale "simpatia" per la democrazia naturale sia cagionata da un vivace intento polemico nei confronti delle monarchie assolute del proprio tempo. In particolare, la monarchia assoluta di Filippo II di Spagna, e ancor più quella di Giacomo I d'Inghilterra, con le loro pretese di porsi come diretta emanazione del diritto divino, rappresentavano agli occhi di Suarez un chiaro bersaglio polemico, cui contrapporre non solo le esigenze dei popoli di contro ad ogni forma di servitù, ma anche le stesse esigenze della Chiesa, che si trovava sempre più deprivata di ogni possibilità di esercitare un effettivo governo del popolo cristiano.

Spaventa, nella sua polemica con Taparelli, afferma *expressis verbis* che Suarez attribuisce la sovranità al popolo, che la partecipa poi ai governanti. Anzitutto, è estremamente dubbio parlare propriamente di "sovranità" in un Autore, come Suarez, che non poteva conoscere il concetto – e probabilmente nemmeno il termine – di "sovranità", il quale è un portato della moderna tradizione giuridico-politica, entro la quale il granadino non può essere ascritto se non con molte riserve. Se in più occasioni abbiamo affermato che vi sono taluni aspetti del pensiero di Suarez che aprono la strada

[234] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 4, § 1-4. *Proxime* nel caso si tratti di una prima istituzione, *remote* se si tratta di una successione ereditaria o di una conquista a seguito di una guerra giusta.

[235] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 4, § 6.

in maniera palese alla modernità, come l'idea del *pactum* che abbiamo testé richiamata, non dobbiamo dimenticare che l'intento complessivo della sua opera è ispirato ad un continuo confronto con gli autori della tradizione. Per tale ragione, Suarez non può essere considerato un autore moderno se non con molti distinguo. L'argomentazione di Spaventa sembra essere questa: se la sovranità appartiene originariamente al popolo, quest'ultimo non può mai alienarla ai propri governanti, in quanto la sovranità è per definizione inalienabile, bensì può soltanto parteciparla.

In realtà, stando ai testi di Suarez, non è difficile riscontrare una certa ambiguità su questo punto. Infatti, nonostante il grandino affermi espressamente che il potere politico viene dato per natura, ma anche in ragione del *consenso sociale*, non a qualche individuo particolare, ma alla comunità tutta, vi è una certa incertezza nei suoi testi se tale potere, appartenente *ab origine* alla comunità, venga solo partecipato ai governanti o venga piuttosto ad essi traslato. La differenza non è di poco conto, come si può ben immaginare. La traslazione, infatti, non è una semplice delegazione, attraverso la quale il potere viene partecipato, bensì è una vera e propria cessione. Scrive il teologo di Coimbra: «Translata potestate in regem, per illam rex efficitur superior etiam regno quod illam dedit, quia dando illam se subiecit et priore libertate privavit»[236]. Si tratta, insomma, di una vera e propria cessione del diritto all'autogoverno, che il popolo non può più rivendicare per sé, una volta concesso al principe. Su questa linea, aggiunge il granadino: «In his principibus non est haec potestas delegata, sed ordinaria, est enim perpetuo, et ex vi muneris sui eis convenit […]: translatio huius potestatis a republica in principem non est delegatio, sed quasi alienatio, seu perfecta largitio totius potestatis quae erat in communitate»[237]. Il diritto di resistenza al sovrano, qualora si rivelasse dispotico e tirannico, non trova ragion d'essere, nel pensiero di Suarez, nella facoltà che il popolo ha di riprendersi il proprio diritto all'autogoverno, bensì nel diritto alla legittima difesa: «Si rex iuxta suam potestatem in tyrannidem verteret […], posset populus naturali potestate ad se defendendum uti»[238]. Pertanto, propriamente parlando, il popolo conserva non il diritto all'autogoverno, che viene ceduto senza eccezione al re

[236] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 4, § 6.
[237] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 4, § 11.
[238] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 3, § 3.

o al principe, ma soltanto il diritto all'autodifesa. È pur vero che vi sono dei passaggi del III libro del *De legibus* che inducono a ritenere che, in certi casi e nel contesto di certe repubbliche, il diritto all'autogoverno non venga ceduto, ma semplicemente delegato. Per esempio, Suarez afferma che può trattarsi di una semplice delegazione «in his rebuspublicis quae de facto liberae sunt supremamque potestatem in se retinent, et nihilominus legumlationem committunt vel senatui, vel duci, aut soli aut cum senatu; nam hi fortasse tantum sunt delegati»[239]. I passi in tal senso sono scarsi, ma si può ipotizzare che Suarez non escluda che, nel contesto di certe comunità, vi possa essere un passaggio *naturale* dall'originaria democrazia negativa alla democrazia come regime politico positivo. Tuttavia, l'interpretazione complessiva del pensiero di Suarez non sembra andare in questa direzione, nonostante non si possa escludere che vi siano dei segnali in favore della democrazia nel suo valore di regime politico positivo. Un profondo conoscitore del pensiero della seconda scolastica come padre Carlo Giacon trae queste conclusioni sul bilancio del pensiero suareziano: «Il Suarez […], nonostante le simpatie verso il regime democratico, trattando del trasferimento del potere dalla comunità al re, afferma con ciò che la comunità ne rimane del tutto priva, e che il re diventa superiore alla comunità»[240].

Se quest'ultima affermazione avvicina prepotentemente Suarez alle dottrine moderne della sovranità – ma per ragioni in certo senso opposte a quelle avanzate da Spaventa -, diversamente non è possibile affermare la sostanziale democraticità del pensiero suareziano. Infatti, alla luce della distinzione tra democrazia *naturale* o *negativa* e democrazia *positiva*, e in ragione delle considerazioni fin qui svolte sulla traslazione dell'originario potere politico, che è in Suarez oggetto di *cessione*, non di *partecipazione*, non possiamo dare corso ad alcuna interpretazione che veda nel pensatore di Coimbra un teorico della democrazia come regime politico positivo. D'altro canto, il rifiuto taparelliano di conferire alla comunità l'originario potere di autogoverno (la cosiddetta *democrazia naturale*) non può essere giustificato dal timore di favorire con ciò la democrazia come regime politico positivo.

---

[239] F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro III, cap. 4, § 12.

[240] C. Giacon, *La seconda scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, in *La seconda scolastica*, vol. III, Bocca, Milano 1950, p. 178.

Taparelli d'Azeglio, Haller e Rosmini sull'origine della società e sull'autorità nel confronto con la modernità politica

Giovanni Sartori, in un suo noto scritto[241], ravvisa una profonda differenza nel modo di intendere la politica tra gli antichi e i moderni. Mentre gli antichi (Greci, Romani e Medievali) abbracciano una concezione orizzontale della politica – sostiene il politologo – per la quale «la politica e la politicità non sono mai percepite verticalmente, in una proiezione altimetrica che associ l'idea di politica all'idea di potere, di comando, e in ultima analisi di uno Stato sovraordinato alla società»[242], tali caratteristiche sopra richiamate sono proprie, invece, dell'età moderna. Quest'ultima, infatti, ha una pretesa fondativa rispetto all'origine della società che negli autori antichi e medievali era pressoché assente. Tale pretesa fa sì che venga privilegiato il momento "soggettivo" della costituzione della società, ovvero il momento genetico-fondativo, rispetto a quello "oggettivo" dell'azione politica, riguardante il *fine politico* cui l'agire politico (e specificamente tale) è orientato. Non a caso, infatti, la modernità rifiuta ogni concezione teleologica del diritto e della politica fin dal suo fondatore, Hobbes, per giungere ai suoi epigoni contemporanei, tra i quali possiamo annoverare lo stesso Max Weber[243] e il nostro Bobbio[244].

Ed è proprio su questo spartiacque che si gioca la differenza tra antichità classica e medievale e modernità politica, intorno alla concezione, cioè, "orizzontale" o

---

[241] G. Sartori, *La scienza politica*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. Firpo, UTET, Torino 1972, vol. VI, pp. 665-800.

[242] G. Sartori, *La scienza politica*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. Firpo, UTET, Torino 1972, vol. VI, p. 740.

[243] Scrive Max Weber: «Non è possibile definire un gruppo politico – e neppure lo Stato – indicando lo *scopo* del suo agire di gruppo. Non c'è stato nessuno scopo che certi gruppi politici non si siano talvolta proposto, dallo sforzo di provvedere al sostentamento alla protezione dell'arte; e non ce n'è stato nessuno che *tutti* abbiano perseguito, dalla garanzia della sicurezza personale alla determinazione del diritto. Si può definire pertanto il carattere "politico" di un gruppo *solamente* mediante il *mezzo* – che non è proprio esclusivamente di esso, ma è in ogni caso specifico, e *indispensabile* per la sua essenza: l'uso della forza». Cfr. M. Weber, *Economia e società*, Comunità, Milano 1974, vol. I, pp. 53-4.

[244] Scrive N. Bobbio: «Non si danno fini della politica una volta per sempre stabiliti, e tanto meno un fine che tutti li comprenda e che possa essere considerato il fine della politica: i fini della politica sono tanti quante sono le mete che un gruppo organizzato si propone, secondo i tempi e le circostanze». Cfr. N. Bobbio, *Politica*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, Torino 2004 [1982], p. 804.

"verticale" del potere politico. La nozione, centrale in tutta la modernità, di "sovranità" è significativa a questo proposito, in quanto si propone di "costituire" una società dall'alto. Per quanto, infatti, nella teoria della sovranità assistiamo ad un duplice movimento, che dal basso si muove verso l'alto (la cessione da parte degli individui di tutti i loro diritti) e dall'alto scende verso il basso (la rappresentazione sovrana), il primo movimento non è pensabile se non in quanto il sovrano lo ha già reso possibile stabilendo le condizioni alle quali gli individui possano cedere i loro diritti. È, pertanto, il movimento verticale di discesa dall'alto al basso il movimento originario, costitutivo della società. In tale prospettiva, l'autorità politica può dirsi *costitutiva* della società. L'affermazione secondo la quale "non esiste società senza autorità" viene qui a significare qualcosa di radicalmente diverso rispetto a come una tale affermazione poteva essere intesa nella classicità. L'autorità, infatti, non è semplicemente una *funzione*, sia pure *necessaria*, della società[245] – ciò è condivisibile da qualsiasi autore antico o medievale – ma è costitutiva di essa, esattamente come la forma costituisce in unità una materia altrimenti disgregata (teoria *ilemorfica* dell'autorità, contrapposta alla teoria *partecipativa* dell'autorità). A tal proposito, è di fondamentale importanza rilevare come la dottrina moderna dell'autorità politica abiti completamente la sfera del diritto pubblico, in quanto in questione è la stessa unità politica di un popolo, che non può essere ottenuta o garantita attraverso le regolamentazioni privatistiche dei diritti degli individui (anzi, la sovranità implica la completa cessione dei diritti degli individui: il *pactum societatis* non può essere un istituto di diritto privato, non perché manchi l'elemento della volontà, ma perché è presupposto un soggetto di diritto pubblico che garantisca, pubblicamente appunto, l'efficacia di quella volontà). Nella teoria partecipativa dell'autorità, invece, non è così netta la separazione di diritto pubblico e privato, in quanto l'autorità viene trasmessa – non ceduta, perché ciò implicherebbe giusto la negazione del privato – attraverso mandati successivi. Nel prosieguo del nostro discorso proveremo ad avanzare l'ipotesi che in realtà il p. Taparelli, pur abbracciando

[245] Sulla concezione classica dell'autorità, rimandiamo al fondamentale studio di Y.R. Simon, allievo di Maritain all'Institut Catholique di Parigi, *Philosophy of Democratic Government*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di R. Fabbri *Filosofia del governo democratico*, Massimo, Milano 1983.

la teoria ilemorfica dell'autorità, e quindi nonostante ritenga l'autorità essere costitutiva della società in questo senso forte, non professi una vera e propria dottrina della sovranità, per la quale è necessario fare appello al diritto pubblico.

Abbiamo preso in esame la concezione dell'autorità propria del gesuita Luigi Taparelli d'Azeglio, attorno al quale abbiamo svolto gran parte delle nostre indagini. Non c'è dubbio – a nostro avviso – che tale Autore abbracci una concezione ilemorfica dell'autorità politica[246], ed in ciò abbiamo ravvisato un'eco importante della modernità, che "contamina" - se così ci possiamo esprimere – un discorso filosofico che intende porre altrove le proprie basi. Abbiamo anche visto come il tema dell'autorità e dell'origine della società sia centrale nel dibattito Taparelli-Spaventa[247] e come in quel dibattito sia coinvolta la figura di Suarez, con il quale Taparelli tenta invano di stabilire una continuità.

Le conseguenze di questa dottrina ilemorfica dell'autorità, che non ci pare rinvenibile nella classicità, sono molteplici e di varia natura. Anzitutto, ci pare che Taparelli si precluda la possibilità di indagare l'autentica natura dell'autorità specificamente *politica*, in favore di una concezione tutta paternalistica dell'autorità. Molti sono negli scritti taparelliani i paragoni di tal fatta: il re è simile ad un padre che educa i propri figlioli, o ad un maestro che educa i propri discepoli. È chiaro, da questo punto di vista, che sarebbe assolutamente sciocco affermare che il diritto del padre ad educare i propri figli o quello del pedagogo ad educare i propri alunni derivi dalla volontà dei figli o da quella dei discepoli. In tal modo, però, si perde il significato specificamente "politico" dell'autorità politica, che non va confusa con l'autorità paterna. Infatti, anche ammesso che vi sia un elemento indubbiamente pedagogico nel

[246] Cfr. L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949 [Palermo 1840], vol. I, in particolare i capi V-VIII. Ad esempio: «Intanto ci sembra aver posto in piena evidenza l'autorità essere nella società ciò che l'anima è nel vivente, ciò che la forza è nel corpo, cioè un intrinseco essenzial principio di unità, di moto, di conservazione; principio *intrinseco*, io dissi, per distinguerlo dal *fine* che ne è il principio *estrinseco*; principio *essenziale*, perché dà l'essere alla società» (vol. I, capo V, *Dell'autorità*, p. 219).

[247] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911 e L. Taparelli d'Azeglio, *La civiltà cattolica*, II serie, soprattutto i voll. IX e X. Su questo tema, vd. anche G. Saitta, *La scolastica del secolo XVI e la politica dei Gesuiti*, Bocca, Torino 1911 e C. Giacon, *La seconda scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, in *La seconda Scolastica*, vol. III, Bocca, Milano 1950.

governo e nella legge, non è affatto questo che costituisce la peculiarità dell'autorità specificamente "politica", che sussisterebbe anche qualora tutti i membri della società fossero perfettamente capaci di intendere e volere e orientati al bene. L'autorità paterna, a differenza dell'autorità politica, è destinata a venir meno con il tempo, in quanto il suo scopo è la formazione di un individuo adulto e responsabile. L'autorità politica, invece, è destinata a permanere sempre, anche nell'altro mondo, perché, allorché vi è società, vi è anche la necessità di un principio di decisione comune[248]. Paradossalmente, infatti, proprio Taparelli, che esalta l'autorità fino al punto di renderla costitutiva dell'unità politica, abbraccia una teoria "limitata" dell'autorità, secondo la quale essa è destinata a togliersi nel momento in cui gli uomini saranno in grado di emanciparsi da essa.

Inoltre, abbiamo l'impressione che Taparelli abbia bisogno di un elemento che svolga la mediazione tra Dio, fonte ultima di ogni autorità (*omnis auctoritas a Deo*, Paolo ai Romani), e coloro che fattualmente, nel seno di una data società politica, la detengono. Tale elemento è la *storia*, e l'intento taparelliano sembra essere niente meno che la santificazione dell'esistente in quanto voluto da Dio. Sono molti i passi taparelliani che suggeriscono tale visione provvidenzialistica della storia. Del resto, la stessa critica di Spaventa, che abbiamo sopra richiamata, si sofferma sulla continua confusione che Taparelli farebbe tra "questioni di fatto" e "questioni di diritto", tra la genesi storica di un determinato potere e la sua legittimità, con il risultato di fondare il diritto sulla brutalità dei fatti della storia. Scrive Spaventa: «È evidente che la *Civiltà cattolica* confonde la quistione di fatto con la quistione filosofica o di dritto; in altri termini, l'origine storica dell'autorità e dello Stato con la loro origine ideale»[249]. L'argomento della *Civiltà cattolica* cui Spaventa si riferisce suona più o meno in questo modo: affinché davvero vi siano uguali diritti per tutti, occorre che gli uomini siano davvero uguali, non solo per natura o di diritto, ma effettualmente. Ma, poiché *di fatto* non in tutte le società gli uomini sono uguali, ma esistono società in cui alcuni governano ed altri obbediscono, allora va da sé che alcuni sono chiamati *per diritto* a

[248] Su questi aspetti, cfr. il già citato Y-R. Simon, *Philosophy of Democratic Government*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di R. Fabbri *Filosofia del governo democratico*, Massimo, Milano 1983.

[249] B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911, p. 173.

governare, mentre altri sono *per diritto* costretti all'obbedienza.

A nostro avviso, queste posizioni di Taparelli si rendono più comprensibili alla luce della temperie storica nella quale si trovava a pensare e all'influsso di alcuni Autori della controrivoluzione. In particolare, ci sembra che Haller, con la sua dottrina della naturalità dell'autorità, abbia fornito a Taparelli molti degli strumenti di cui il Gesuita si è servito per contrapporsi alla dottrina del contratto sociale di matrice rousseuaviana, che costituiva in qualche modo il bersaglio polemico privilegiato del Nostro. Haller, infatti, affermando la naturalità dei rapporti di dipendenza tra gli uomini, si poneva come un indefesso negatore della logica contrattualistica, specialmente nella sua variante democratica proposta dall'Illuminismo francese. Haller, infatti, oppone alla dottrina del contratto l'ineluttabile fatto di natura della necessità dei rapporti di indipendenza-dipendenza (o di signoria-servizio) negli uomini, cui viene assimilato, nell'ambito dello Stato, il rapporto sovrano-sudditi. Da tale punto di vista il sovrano altro non è se non *un signore indipendente* che, grazie al merito, alla forza e alla consistenza patrimoniale, detiene il potere politico allo stesso modo in cui qualunque possidente detiene il potere di comandare il servizio ai propri sottoposti. Non c'è insomma una differenza qualitativa tra il rapporto di signoria-servizio all'interno dello Stato e quello che si realizza nelle relazioni tra privati, con il risultato che il diritto pubblico non è altro che il diritto privato adattato ad una realtà territoriale più vasta che si è soliti chiamare "Stato". Scrive Sancipriano a tale proposito: «L'estensione di questi rapporti [di signoria-servizio] a quella società più ampia e organizzata, ma non differente dalle altre, che si chiama Stato, forma oggetto del diritto pubblico, che è semplicemente una modificazione del diritto privato naturale. Come un proprietario terriero domina naturalmente e con diritto sulla sua famiglia e sui suoi dipendenti, così il principe amministra i suoi affari privati e governa i suoi territori, che sono sottoposti alla sua giurisdizione»[250].

È grazie alla dottrina di Haller che – a nostro avviso – Taparelli può abbracciare la teoria ilemorfica dell'autorità senza avanzare alcuna pretesa fondazionalistica, come invece avviene nella modernità politica con l'idea di "sovranità". Inoltre, la concezione

[250] M. Sancipriano, *Il pensiero politico di Haller e Rosmini*, Marzorati, Milano 1968, p. 77.

della "naturalità" dell'autorità proposta da Haller consente a Taparelli di rinvenire la fonte della legittimità del potere non nella sua origine terrena, bensì in quella divina, interpretando la nota sentenza paolina per cui "ogni autorità viene da Dio" in modo provvidenzialista, ad intendere che Dio stesso, per il tramite delle vicende storiche, conferisce ai re l'autorità di governare. Scrive Taparelli: «Ed ecco perché il linguaggio veridico dei padri nostri attribuì a Dio solo il dispensar gli scettri. Dono di Dio è la sovranità sì perché alla divina autorità si appoggia l'autorità in astratto, sì perché dalla divina Provvidenza deriva quella superiorità *di fatto* per cui l'autorità sociale si concentra in una persona determinata; sì perché la stessa Provvidenza è quella che dallo stato privato solleva alla indipendenza per mezzo di combinazioni impenetrabili certe società e i superiori che le governano»[251].

Certo, i sovrani sono tenuti a fare il bene dei popoli che governano, ma non è questo che conferisce loro l'autorità di governare, ma Dio stesso. Di conseguenza, se rimanessimo fedeli a questo assunto, per il quale Dio – e solo Dio – è la fonte di legittimità del potere sovrano, i sovrani sono obbligati al bene dei propri popoli solo in forza dell'obbedienza alla legge divina, di cui peraltro è interprete la Chiesa.

Ben diversa è la prospettiva di Rosmini, il quale rifugge in linea di principio ogni fatalismo provvidenzialista, accusando i suoi assertori di aver deliberatamente alterato il senso del principio paolino dell'*omnis potestas a Deo*, svuotandolo del suo originario valore analogico e intendendolo in un senso univoco, ben lontano da quello attribuitogli dall'Apostolo. Infatti – chiarisce Rosmini nella *Filosofia del diritto* - «l'abuso di questa parola "diritto divino", oltre a spogliare tant'altre potestà del legittimo loro valore, ravvolge e confonde in uno stesso concetto quel che esce da Dio in quanto esce dal lume della ragione che è divino, e quel che viene da Dio positivamente, le potestà cioè della Chiesa del Redentore, alle quali sole, nel senso proprio e comune della parola, spetta il diritto divino»[252].

Inoltre, in Rosmini non vi è la medesima confusione che troviamo in Taparelli tra "questioni di fatto" e "questioni di diritto", su cui tanto aspramente Spaventa aveva

[251] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949 [Palermo 1840], vol. I, p. 268.
[252] A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, CEDAM, Padova 1967-9, vol. VI, p. 1612.

insistito: il diritto in Rosmini è fondato sulla natura *razionale* dell'uomo e non sulla fatticità storica.

A ciò dobbiamo pure aggiungere che la distanza di Rosmini dai pensatori della controrivoluzione si rende tutta manifesta nel rifiuto di considerare autentica società quella signorile, in quanto manca in essa l'elemento costitutivo della libertà. In ciò – sostiene Traniello – si consuma lo scarto tra il Rosmini roveretano, ancora sotto l'influsso dei pensatori della controrivoluzione (in modo particolare, come abbiamo visto, di Haller[253]), e la fase matura del suo pensiero: «L'elemento di più immediata originalità della *Politica milanese* rispetto a quella roveretana è certo dato dall'esclusione della società di signoria dal novero delle società propriamente dette, e dall'accettazione della distinzione tomistica tra *subiectio servilis* e *subiectio civilis*»[254].
A noi pare infatti che l'intento rosminiano non sia prima di tutto apologetico, bensì quello di difendere il valore della libertà contro ogni dispotismo. Per Rosmini "libertà" significa anzitutto libertà della persona individuale, che si manifesta nella tutela dei diritti di ciascuno. Il liberalismo di Rosmini si oppone ad ogni concezione che voglia far derivare ogni diritto all'uomo dalla sua partecipazione al corpo sociale, in quanto – per dirla con l'Aquinate – *homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et secundum omnia sua*[255]. Vi è, insomma, una dimensione "extra-sociale" nell'uomo, che non deve essere intesa come se pregiudicasse la naturale socialità dell'uomo, bensì nel senso per cui la socialità umana si esplica in relazioni che non riguardano esclusivamente la sfera strettamente civile o politica (tale è, per esempio, la relazione con Dio, o le relazioni nell'ambito familiare). Scrive Rosmini: «Per intendere ciò che vogliam dire, convien riflettere che l'uomo quando diventa sozio di una compagnia non cessa né può cessare di essere uomo: egli ha veramente de' *diritti inalienabili* inerenti alla dignità umana, come sarebbe il diritto di operare virtuosamente, di non essere forzato ad azioni turpi, ecc. Questa parte di diritto naturale non viene assorbita da nessuna associazione, e però ogni uomo non mette mai tutto se

[253] Haller ha esercitato una grande influenza sul Roveretano negli anni giovanili. Su questo aspetto, è di notevole interesse il volume di M. Sancipriano, *Il pensiero politico di Haller e Rosmini*, Marzorati, Milano 1968.
[254] F. Traniello, *Società religiosa e società civile in Rosmini*, il Mulino, Bologna 1966, p. 93.
[255] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Ia-IIae, q. 21, art. 4.

stesso in una società che fa co' suoi simili, né pure nella società civile; ma se ne riserba una parte, colla quale egli non è sozio, egli si trova in stato di natura»[256]. Il Roveretano mette in discussione il presupposto, assolutamente fallace, secondo il quale la comunità politica sia un "tutto" di cui gli individui sono soltanto "parti": essa è sì una totalità, ma una totalità tutta particolare, perché le persone sono esse stesse delle totalità, con un destino che trascende la loro partecipazione ad una data comunità politica. Tale è l'orizzonte nel quale si inserisce la critica rosminiana alla filosofia rousseauviana e all'Illuminismo: la democrazia può essere fonte perenne di dispotismo tanto quanto l'assolutismo. Scrive Rosmini: «Si noti bene che la questione delle forme di governo si dee al tutto distinguere da quella dell'assolutismo e del liberalismo. A torto questioni così differenti si confondono insieme. Per convincersene basta riflettere che può trovarsi l'*assolutismo* il più eccedente in qualsivoglia *democrazia*. In fatti il principio dell'assolutismo consiste nell'ammettere la *volontà del sovrano* per unico e supremo fonte delle leggi»[257]. L'esagerazione del diritto sociale, come se fosse quest'ultimo l'unica possibile fonte di diritti, e la conseguente dimenticanza del diritto extra-sociale comportano due errori, tra loro affini: quello del "positivismo sociale", che con linguaggio a noi più familiare potremmo chiamare *positivismo giuridico*, cioè la dottrina di «coloro che non riconoscono altre leggi che le positive», e quello del "legalismo", cioè «la dottrina di quelli che fanno considerare il valore di tutte le leggi nelle forme esteriori costituenti la legalità» (quello che oggi diremmo *formalismo giuridico*).

Rimane tuttavia da chiarire quale concetto abbia il Roveretano di "autorità". A noi pare che egli abbracci, in continuità con il pensiero classico, una teoria partecipativa dell'autorità politica, ma ci sono degli elementi che sembrano contraddire questa apparente evidenza, e riguardano in particolar modo la dottrina dello stato di natura e del contratto sociale che Rosmini propone. Mentre il Nostro, infatti, nega espressamente che vi possa essere contratto alla base della costituzione del *governo* civile *(pactum*

[256] A. Rosmini, *La società e il suo fine*, in *Filosofia della politica*, a cura di M. D'Addio, in *Opere di Antonio* Rosmini, vol. 33, Città Nuova, Roma 1997, p. 168.
[257] A. Rosmini, *La società e il suo fine*, in *Filosofia della politica*, a cura di M. D'Addio, in *Opere di Antonio Rosmini*, vol. 33, Città Nuova, Roma 1997, p. 172.

subiectionis), sembra che consenta con i moderni giusnaturalisti nel concepire il contratto come momento genetico della *società* civile o politica *(pactum societatis*), facendo propria, inevitabilmente, la teoria ilemorfica dell'autorità. Per Rosmini, infatti, il vincolo di società è un prodotto della libertà umana e, come tale, va distinto dalla semplice socievolezza propria dell'uomo e, a tal proposito, per distinguere lo stato dell'uomo in questa dimensione non ancora compiutamente sociale, il Nostro non ha indugio ad adoperare l'espressione "stato di natura". Si deve parlare di stato di natura – afferma Rosmini - «quando ci si trova di fronte a molti uomini insieme, abitatori di questo globo, ma non ancora tra loro consociati»; non consociati in quanto «la mia coesistenza coi miei simili […] non è l'effetto della libera volontà degli individui: è dunque una condizione posta dalla natura»[258].

Non c'è dubbio, a nostro avviso, che in Rosmini vi sia una forte accentuazione sul concetto dei diritti individuali e che, per quanto lo stato di natura in Rosmini sia delineato in modo assai differente rispetto a quello di Hobbes o Rousseau e il Roveretano si adoperi in ogni modo per negare alla radice ogni concezione individualistica dei diritti («i veri diritti dell'uomo non sono meramente *qualità* inerenti alla natura dell'individuo, ma sono *relazioni morali* fra più individui, risultanti dalla natura umana comune»[259]), vi sia una primazia del concetto di "diritti" su quello di "obbligazioni". Ed è, del resto, proprio tale primazia a giustificare il ricorso alla figura dello *status naturae*. È proprio il suo amore per l'«opera della libertà umana» e per i diritti – e il suo rifiuto di ogni dispotismo "illuminato" come di ogni "servilismo" di matrice controrivoluzionaria (Haller e la sua teoria dell'indipendenza, che risolve ogni relazione sociale nella *natura*) – a porre in primo piano la figura dei diritti e a far derivare da essi i corrispondenti doveri "sociali". Lo Stato, infatti, non ha altro scopo se non quello di tutelare i diritti degli individui e dei gruppi *regolando le modalità del loro esercizio.* È a questo punto che la posizione di Rosmini ci sembra assai vicina a quella di Locke, con tutti i problemi sollevati da quest'ultima. Nonostante a più riprese Rosmini ribadisca che non viene ceduto alcun diritto al sovrano, ma solo la facoltà di

[258] A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, CEDAM, Padova 1967-9, vol. II, p. 399.
[259] A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, CEDAM, Padova 1967-9, vol. II, p. 400.

regolare le modalità con cui vengono esercitati i diritti, a noi pare che quest'ultima facoltà sia essa stessa un diritto accanto agli altri. Infatti, se una persona ha diritto a *x*, deve poter avere diritto anche ai mezzi per ottenere *x*. Ma se abbiamo a che fare con una autentica cessione di un diritto, allora non possiamo più parlare a ragione di teoria partecipativa dell'autorità, bensì di vera e propria sovranità, collocandoci all'interno di quella stessa modernità politica dalla quale Rosmini vorrebbe prendere le distanze. D'altro canto, se lo stato di natura è già uno stato in cui oltre ai diritti esistono anche i doveri, e sia gli uni che gli altri sono *giuridicamente* vincolanti, non si capisce la necessità di un contratto, in quanto esiste già la società. Il problema sarà semmai quello di cambiare il governo o di adottare delle misure puramente tecniche affinché quest'ultimo risulti più efficace nel suo compito, non quello di costituire la società.

La radice filosofica della concezione taparelliana dell'autorità

Abbiamo messo in luce in che cosa consista quella che abbiamo chiamato la "teoria ilemorfica" dell'autorità, evidenziandone le differenze essenziali con la "teoria partecipativa" dell'autorità. Nella teoria ilemorfica, l'autorità è concepita come la *forma* di cui il popolo non è che la materia. In tal senso, l'autorità è *costitutiva* della società in un senso forte, nel senso cioè che l'*essenza* della comunità politica consiste nell'autorità. Non si sta semplicemente affermando che l'autorità è *necessaria* alla società, né che vi possa essere società politica senza autorità, bensì si sta affermando qualcosa di molto più radicale: l'autorità non è semplicemente una *funzione*, sia pure necessaria, della società politica, ma essa la determina come la *forma* determina la materia, la quale, in sua assenza, rimarrebbe, appunto, alcunché di indeterminato. Come la materia è un principio altro dalla forma, allo stesso modo la società, senza l'autorità che la *informi*, è niente più che una *dissociata multitudo*, la quale attende di ricevere una forma, un'anima, dall'autorità, che, in tal senso, viene ad essere alcunché di "calato dall'alto".

Su questo punto, ci sentiamo di dire che Taparelli non segue la tradizione di san Tommaso. Non c'è dubbio, infatti, che nel pensiero classico la *forma* della società politica non sia affatto l'autorità, bensì la comune tendenza al perseguimento del bene comune, cui pure l'autorità, in quanto funzione della società, deve sottostare, se non

vuole corrompersi e diventare tirannide. Ciò che distingue, appunto, l'autorità dalla tirannia consiste esattamente in ciò: l'autorità tende al bene della collettività, mentre la tirannide (o il dispotismo) persegue il bene privato del tiranno. A tutta apparenza, qualunque siano state le ragioni di un tale importante allontanamento, ci pare di affermare che gli influssi della modernità politica su questo aspetto si facciano sentire in maniera prepotente. Non c'è dubbio che una delle possibili spiegazioni di una tale concezione dell'autorità politica sia stato il timore del Nostro di favorire la democrazia come regime politico positivo: l'ombra sinistra del pensiero di Rousseau agisce inconsciamente su tutta la riflessione taparelliana. Probabilmente, come abbiamo considerato a proposito del pensiero di Suarez nell'ambito della polemica con Spaventa, non viene mai meno in Taparelli il timore di favorire in qualche modo la democrazia, contro la quale il Nostro serbava una forte avversione. Ciò spiegherebbe il costante rifiuto del Gesuita di attribuire l'originario potere di governo al popolo, che lo partecipa poi ai suoi governanti: da tale atto di partecipazione dell'autorità trae origine la varietà dei regimi politici, tra i quali anche la democrazia, come regime politico *positivo*, accanto ad altri regimi politici. Non è certamente da escludere che il timore di cedere alle nefaste dottrine rousseauviane lo abbia condotto a misconoscere quanto di buono e di classico poteva essere ravvisato nel pensiero suareziano, che, pur con alcune sfumature larvatamente contrattualistiche, sotto tale aspetto sosteneva una teoria classica dell'autorità, che poco o nulla aveva a che fare con la difesa della democrazia come regime politico.

Tuttavia, oltre a tale ragione, oltre cioè al timore di contaminare il proprio pensiero con le nefaste dottrine giusnaturalistiche che avevano condotto a Rousseau e alla sovranità della *volonté générale*, ve n'è un'altra, che – a nostro avviso – è meno legata alla temperie culturale del tempo e, perciò, filosoficamente più radicale. Ed è proprio tale ragione, paradossalmente, a mostrare la vicinanza del pensiero di Taparelli proprio a quel moderno giusnaturalismo che in tutti i modi egli avversava come un portato delle «esecrabili dottrine protestanti». Tale ragione è il dualismo, denunciato da Taparelli, tra morale e diritto, la separazione – per usare le sue stesse parole - tra

«l'*Ethos* ossia principio morale dal *Ius* ossia principio legale»[260], che, a nostro avviso, altro non è che il dualismo tra diritto soggettivo, da un lato, come espressione di una pretesa morale del soggetto, e la legge, dall'altro, come espressione puramente formale del potere del legislatore. Nei capitoli precedenti, abbiamo cercato di mostrare come Taparelli tenti di risolvere tale dualismo attraverso una massiccia operazione di *moralizzazione* del diritto, che non è disgiungibile dalla *giuridicizzazione* della morale: abbiamo visto come ciò avvenga per quanto concerne il diritto soggettivo, concepito come una pretesa del soggetto avente *originario* valore giuridico. Abbiamo tuttavia anche cercato di rilevare che una tale operazione non ha portato i frutti sperati da Taparelli, e ciò in ragione del misconoscimento della specificità del diritto, che non può essere considerato come una mera appendice esteriore della morale. L'aver mancato di ancorare il diritto ad un concreto ordinamento di pratiche e di rapporti avente natura obiettiva ha portato in Taparelli all'affermazione di una morale *giuridicamente* indeterminata, incapace di superare il dualismo in questione. Abbiamo anche rimarcato, a tale proposito, che la morale taparelliana è una morale strutturalmente religiosa, che non solo, cioè, non esclude, ma nemmeno *prescinde* dal dato della Rivelazione divina positiva. Ecco che, a nostro avviso, la dottrina taparelliana dell'autorità si pone all'interno di tale dualismo, che il Nostro tenta di risolvere, subordinando il diritto alla morale – e ad una morale *essenzialmente* religiosa. L'autorità in Taparelli altro non è che il luogo in cui avviene la mediazione tra il diritto e la morale, e risponde all'intento di stabilire la necessità di un sovrano *cristiano*, anzi *cattolico*, che tenga, per dir così, insieme l'esigenza morale con il diritto, che non può essere concepito nella mente di Taparelli se non nella dimensione della pura esteriorità.

Rispetto al pensiero dell'ordinamento concreto e rispetto alla concezione tommasiana del diritto come *res iusta*, il pensiero di Taparelli concepisce morale e diritto, sulla scia della modernità politica, come *originariamente* separati, donde la necessità di una loro unificazione sotto l'insegna della morale. Diversamente, non si spiegherebbe la dottrina ilemorfica dell'autorità: secondo quest'ultima, l'autorità

[260] L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [1855], vol. I, introduzione, n. 9, Edizioni de "La civiltà cattolica", Roma 1949, p. 5.

costituisce l'*unità* di una comunità politica che non è *originariamente* data sotto l'insegna della comune tensione al bene comune e alla giustizia. L'unità della comunità politica non è *originariamente* costitutiva di un concreto ordinamento, ma dev'essere *fondata*, *creata*, *costruita*. L'unità della comunità politica non è, insomma, immediata, ma è mediata dall'autorità. Non c'è dubbio, a nostro parere, che in ciò il Gesuita stia rendendo un ottimo servizio alle moderne dottrine giusnaturalistiche, che muovono i loro passi proprio a partire da tale *originaria separazione* per giungere ad una unità, che non può evidentemente essere l'originario. Se pure occorre ammettere che – come abbiamo visto – la vicinanza di Taparelli al pensiero di Haller possa farci dubitare che il Gesuita abbracci una teoria compiuta della sovranità (che rientra pienamente nell'ambito – lo ricordiamo – del diritto pubblico), d'altro canto non si può certo non riconoscere che l'autorità così come il Nostro la concepisce sia *costitutiva* della società politica, e quindi sia per natura *separata* e *indipendente* da essa, così come la forma è un principio altro dalla materia che va ad informare. Non c'è dubbio che il rischio di una tale prospettiva sia quello di concepire l'autorità come un tutto, di cui gli uomini e le congregazioni sociali non sarebbero che membra o organi, come molte espressioni tratte dall'opera di Taparelli inducono a giustificare: «[La provvidenza divina] ha dato ad un capo di casa una testa capace di governare molte braccia, negando intanto a molte braccia la capacità della propria testa»[261].

Su questo aspetto, Jacques Maritain scrive delle pagine molto chiare, che mettono in luce, a nostro avviso con piena fedeltà alla dottrina classica dell'autorità, la distinzione tra "Stato" (nel nostro contesto possiamo riferirci in senso lato a tale termine inteso come "autorità politica") e "corpo politico": «Il *corpo politico* o *società politica* è il tutto. Lo *Stato* è una parte […] di questo tutto»[262]. Il "corpo politico" significa «il tutto (preso nella sua unità) composto dal popolo», laddove il popolo è definito nei termini di «membri che organicamente uniti compongono il corpo politico [stesso]»[263]. Maritain, rifiutando la dottrina ilemorfica dell'autorità, rifiuta perciò stesso l'appellativo

[261] *La civiltà cattolica*, II (1857), p. 648.
[262] J. Maritain, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di L. Frattini *L'uomo e lo Stato*, introd. di V. Possenti, Marietti, Genova-Milano 2003, p. 13.
[263] J. Maritain, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di L. Frattini *L'uomo e lo Stato*, introd. di V. Possenti, Marietti, Genova-Milano 2003, p. 29.

di "sovrano", sia pure riferito al popolo: «Del popolo, come del corpo politico, dobbiamo dire, non che è sovrano, ma che ha un diritto naturale alla *piena autonomia*, o all'autogoverno»[264]. Si può certo affermare che lo Stato, o l'autorità politica in genere, sia la parte superiore *del* corpo politico, ma ciò non significa affatto affermare che lo Stato sia superiore *al* corpo politico, né che si identifichi compiutamente con esso. Scrive Maritain: «Quando diciamo che lo Stato è la parte superiore del corpo politico, questo vuol dire che esso è superiore ad altri organi o parti collettive di questo corpo, ma non vuol dire che è superiore al corpo politico stesso. La parte, come tale, è inferiore al tutto. Lo Stato è inferiore al corpo politico in quanto questo è il tutto, ed è al servizio del corpo politico in quanto tutto. Lo Stato è anche la *testa* del corpo politico? Non lo possiamo dire, perché nell'essere umano la testa è lo strumento di potenze spirituali come l'intelligenza e la volontà che il corpo intero deve servire; mentre le funzioni esercitate dallo Stato sono al servizio del corpo politico, e non il contrario. La teoria che ho testé riassunta e che considera lo Stato come parte o strumento del corpo politico, subordinato a questo e investito dell'autorità superiore non già in virtù di un proprio diritto […] ma solo in virtù e in corrispondenza alle esigenze del bene comune, può definirsi come una teoria "strumentalista", che stabilisce l'effettiva nozione *politica* dello Stato»[265].

Al contrario, la conseguenza della prospettiva taparelliana conduce, da un lato, ad una sopravvalutazione dell'autorità politica, sulla linea delle tendenze del pensiero della Restaurazione con la sua connaturale esaltazione del trono e dell'altare; e, dall'altro lato – e ciò è più interessante da un punto di vista filosofico-politico – ad un misconoscimento della natura specificamente *politica* dell'autorità.

L'accentuazione dell'aspetto eminentemente morale dell'autorità conduce inevitabilmente Taparelli a obliare quanto vi è di specificamente *politico* (che non è

---

[264] J. Maritain, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di L. Frattini *L'uomo e lo Stato*, introd. di V. Possenti, Marietti, Genova-Milano 2003, p. 28.

[265] J. Maritain, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di L. Frattini *L'uomo e lo Stato*, introd. di V. Possenti, Marietti, Genova-Milano 2003, p. 17. Non abbiamo tra mani l'edizione originale del testo, né la traduzione francese, rivista dallo stesso Maritain. Certo, tuttavia, avremmo preferito che rispetto al termine "strumento", riferito allo Stato, si fosse più propriamente parlato di "funzione" del corpo politico. Tuttavia, il senso complessivo del pensiero di Maritain è chiaro e condivisibile.

disgiungibile – come vedremo – dall'elemento *giuridico*) nell'autorità, che non può essere meramente funzionale alla morale.

La prospettiva taparelliana, che fa del diritto una funzione della morale, finisce per abbracciare una teoria dell'autorità che si fonda sulle *deficienze* degli uomini e, quindi, finisce per insistere indebitamente sul ruolo *pedagogico* dell'autorità, fino al punto di confondere – a nostro avviso – quella che può certamente essere una caratteristica dell'autorità politica da quella che ne è l'essenza. L'autorità politica si distingue, *quanto alla sua essenza*, dall'autorità paterna: non sono realtà assimilabili. L'autorità paterna, infatti, esercita un ruolo pedagogico nei confronti dei figli, i quali, qualora non abbiano raggiunto la maggiore età, sono incapaci di agire. In tal senso, l'autorità del padre tende alla formazione di persone adulte e responsabili e, pertanto, è destinata, per sua stessa natura, a *togliersi* quando abbia raggiunto il suo scopo. Non possiamo concepire un'estensione di tale modello di autorità oltre il dovuto, perché ciò significherebbe un sopruso, in quanto essa si fonda sulle *deficienze* del bambino rispetto alla persona adulta e, pertanto, è destinata a indietreggiare col venire meno delle deficienze per le quali è istituita (deficienze che – si badi – non sono in questo caso per nulla un male, perché non è per nulla *contra naturam* che il bambino sia tale).

Allo stesso modo, possiamo concepire che un medico abbia una certa autorità nei confronti del proprio paziente: anche in tal caso, la radice dell'autorità risiede nello stato di deficienza del malato, il quale si rivolge al medico per essere curato e si sottopone alla sua autorità. Questo tipo di autorità è anch'essa destinata a togliersi nel momento in cui il malato ritornasse in salute e riprendesse la sua vita ordinaria. Su tale base, possiamo concepire molti esempi di autorità che si fonda sulle *deficienze* dell'uomo: in tali contesti l'autorità assume un ruolo ed un valore *pedagogico*.

Non c'è dubbio che anche l'autorità politica, in certi contesti, rivesta tale funzione. Si possono presentare delle situazioni, infatti, in cui solo un governo paternalistico è capace di estirpare la tirannia o l'anarchia. Tuttavia, anche in questo caso, l'autorità politica, in quanto rivestita di tale compito, è destinata per sua natura a togliersi quando sia venuto meno il motivo della sua istituzione. Ogni permanenza oltre tale limite non potrebbe che essere considerato un sopruso. Nondimeno, tale

caratteristica dell'autorità, che la rende simile all'autorità paterna, non costituisce l'*essenza* specificamente *politica* dell'autorità, che sussisterebbe anche nel caso in cui tutti i membri del corpo politico fossero persone illuminate e moralmente irreprensibili. Pertanto, alla concezione dell'autorità fondata sulle *deficienze*, noi dobbiamo contrapporre la concezione specificamente *politica* dell'autorità, che è costituita dal fatto di essere *principio di azione comune in vista del bene comune*.

Che l'autorità debba fungere da principio di azione comune è immediatamente chiaro. Se un padre di famiglia decide di passare le proprie vacanze al mare, mentre la moglie decide di passarle con i figli in montagna, è chiaro che, mancando un principio di decisione comune, se l'uno va al mare e gli altri ai monti, viene meno in quel momento l'unità della famiglia. Naturalmente, l'esempio può forse essere considerato triviale, perché il bene intorno al quale si pongono le divisioni tra i membri della famiglia difficilmente ne può pregiudicare l'unità. Infatti le vacanze non sono un bene così *essenziale* all'unità di quel corpo sociale che è la famiglia. Il marito può andare al mare e la moglie ai monti ed entrambi continuare a costituire una famiglia, in quanto non viene meno, con ciò, il loro motivo di unione, cioè la tensione al bene comune. Tuttavia, vi possono essere dei beni (o dei mali) che pregiudicano in modo potenzialmente irreparabile l'unità di un corpo sociale, in quanto intaccano lo stesso bene comune in quanto principio di unità.

Un esempio ci può essere offerto dalla situazione di uno Stato sottoposto alle pressioni belligeranti di un Paese nemico. In tal caso, è pregiudicata la stessa unità politica di un popolo. Diverse, anzi opposte, possono essere le soluzioni avanzate dai membri della comunità politica. Supponiamo che tutti i membri della comunità politica siano dotati di eguali e sufficienti conoscenze sullo stato delle cose, che siano tutti orientati in modo autentico alla salvaguardia del bene della patria, senza particolarismi di interessi o ambizioni demagogiche. Ciononostante si può presentare una forte diversità nelle opinioni sulle soluzioni da adottare. La maggioranza può essere schierata a favore della dichiarazione di una giusta guerra contro il Paese nemico. La minoranza non necessariamente è in cattiva fede quando pensa che la guerra non sia la migliore soluzione, poiché è un'impresa rischiosa, che reca con sé degli svantaggi dall'enorme

“costo” sociale. Alcuni saranno propensi ad intraprendere la strada di un dialogo più intenso per comprendere le esigenze del nemico, altri saranno più intenzionati a condurre delle trattative commerciali a favore del nemico che, se recano un danno alle casse dello Stato, consentono di salvare vite umane. Altri ancora potranno semplicemente pensare di temporeggiare per valutare meglio le opportunità in futuro, magari nella speranza, non infondata, che il nemico, resosi più consapevole dei rischi di una guerra, si ritragga. Nei confronti di nessuno può essere predicata una qualche deficienza, eppure le soluzioni prospettate sono molto diverse tra loro.

Perché avviene ciò? Perché le soluzioni alla medesima questione, a parità di conoscenza, sono tanto diverse e nessuna in sé sbagliata o cattiva? La risposta ad una tale domanda non la possiamo ricercare se non nella specificità della ragione pratica rispetto alla ragione speculativa. Le verità dei teoremi della geometria è universalmente valida e comunicabile a chiunque. Importa soltanto la capacità *soggettiva* di comprenderla. Al contrario, non possiamo aspettarci l'unanimità nelle conclusioni (o, per meglio dire, nelle “ quasi-conclusioni”) della ragione pratica. Esse non sono conclusioni dedotte analiticamente da principi, ma sono sempre mediate dall'esperienza, contingente e mutevole. Abbiamo già precedentemente considerato che le quasi-conclusioni della ragione pratica non considerano i principi della legge morale naturale se non nella loro declinazione in rapporto all'esperienza. Scrive altrove san Tommaso, a proposito della differenza tra la ragione speculativa e la ragione pratica: «Verum intellectus practici aliter accipitur quam verum intellectus speculativi, ut dicitur in VI Ethic. Nam verum intellectus speculativi accipitur per conformitatem intellectus ad rem. Et quia intellectus non potest infallibiliter conformari rebus in contingentibus, sed solum in necessariis; ideo nullus habitus speculativus contingentium est intellectualis virtus, sed solum est circa necessaria. Verum autem intellectus practici accipitur per conformitatem ad appetitum rectum. Quae quidem conformitas in necessariis locum non habet, quae voluntate humana non fiunt, sed solum in contingentibus quae possunt a nobis fieri, sive sint agibilia interiora, sive factibilia exteriora. Et ideo circa sola contingentia ponitur virtus intellectus practici, circa factibilia quidem, ars; circa agibilia

vero prudentia»[266].

Ecco che la concezione tommasiana della *prudentia* - ereditata, com'è noto, dal maestro Aristotele - è la chiave per comprendere lo scarto tra la scienza speculativa e la scienza pratica. In questo senso, l'autorità *politica* svolge una funzione che non le deriva dalle deficienze dei soggetti coinvolti, bensì dalla natura stessa della società, e, pertanto, non svolge un ruolo meramente sostitutivo, bensì *essenziale* alla società. Se comune è l'inclinazione al fine, diversa è l'adozione degli *ea quae sunt ad finem*. L'accusa, molto opportuna, che Yves-René Simon muove contro alcuni sociologi è proprio quella di misconoscere il valore della conoscenza pratica: «Molti sociologi, quando si trovano di fronte a ciò che sembra una pluralità di mezzi, la riconducono ad una conoscenza inadeguata e non riescono a vedere come una pluralità di mezzi adeguati possa essere prodotta da una perfezione di conoscenza e di potere»[267]. Anche Hannah Arendt scrive dei passi illuminanti sulla specificità dell'autorità politica: «La rilevanza in materia politica di esempi tratti da situazioni tipiche della sfera pedagogico-educativa è quanto mai discutibile: in politica, si tratta sempre di adulti che hanno superato l'età dell'istruzione vera e propria. […] L'educazione dell'adulto, individuale o comunitaria, può influire moltissimo sulla formazione, sull'arricchimento e sul pieno sviluppo della personalità, ma resta indifferente ai fini politici, salvo non sia volta ad assicurare i requisiti tecnici, per qualsiasi ragione non acquisiti in gioventù, necessari a prendere parte alla gestione della cosa pubblica. Al contrario, nel processo educativo sono sempre coinvolti individui che non possono ancora essere ammessi […] alla politica»

[266] Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-IIae, q. 57, a. 5, ad 3um.
[267] Y-R. Simon, *Philosophy of Democratic Government*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di R. Fabbri *Filosofia del governo democratico*, Massimo, Milano 1983, p. 38.

CONCLUSIONI

Nel nostro lavoro, abbiamo cercato di difendere un'idea di diritto intesa come concreto ordinamento di pratiche e di rapporti avente natura obiettiva. A nostro avviso, tale concezione consente di "superare" le grandi dicotomie della modernità. Per meglio dire, il pensiero dell'ordinamento concreto *non conosce* le grandi dicotomie dell'epoca moderna, e ciò in ragione del fatto che esso significa sempre una presa di coscienza della razionalità dell'esistente, che è data come *presupposta* alla riflessione analitica del filosofo. Non vi è, insomma, alcuna pretesa fondazionalistica, che presupporrebbe, appunto, una qualche dicotomia da "superare" dialetticamente o riduzionisticamente.

Già nel pensiero di Suarez abbiamo messo in rilievo come si affacci, sia pure timidamente, la grande dicotomia tra morale ed essere: affinché la morale sia *libera*, occorre che l'obbligazione sia esteriore. Le *inclinationes* tommasiane non possono essere vere e proprie "leggi", perché, se l'essere umano fosse portato ad agire in forza della necessità della propria natura, la libertà sarebbe compromessa[268]. L'uomo non farebbe altro che agire secondo il determinismo della natura. Ecco che la morale deve essere preservata nella sua purezza da ogni influsso di carattere naturalistico: essa viene ad identificarsi con il regno del lecito, cioè della libertà.

Una morale, così concepita, viene a porsi in una relazione problematica e conflittuale con la legge. Se, da un lato, la legge garantisce la libertà della sfera morale, dall'altro lato la limita proprio nella misura in cui la garantisce. Così, alla prima separazione di morale ed essere, segue questa seconda, grande dicotomia tra morale e legge. Ed è intorno a questa dicotomia che si gioca tutto il pensiero della modernità giuridico-politica.

Giova a questo punto rilevare come, in una siffatta prospettiva, la morale, venendo a coincidere con la sfera della libertà dell'uomo, nella sua tensione con la

[268] Questo punto è stato messo bene in luce da Michel Bastit. Cfr. M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, Paris 1990, pp. 308-17.

legge, che è invece fonte di obbligazione esteriore, viene ad assumere un carattere operativo, che la conduce ad un processo di progressiva *giuridicizzazione*. La morale, insomma, pone al cospetto della legge delle istanze di libertà che quest'ultima è chiamata a tutelare. La morale si pone al servizio dei *fini politici* immediati, che meritano di essere tutelati da parte del legislatore che pone le leggi. In Hobbes, la morale viene posta al servizio della causa della pace, così come in Locke viene posta al servizio della causa della nascente classe borghese con le proprie esigenze di incrementare le proprie ricchezze. Il *diritto soggettivo* non è altro che un'istanza morale, che però nutre la pretesa di avere pure valore giuridico e di essere tutelato dalla legge. Già in Suarez abbiamo una concezione dualistica del diritto: "diritto" significa tanto legge, quanto *moralis facultas*.

Diverse sono le modalità con cui questi due elementi che compongono la dicotomia tra "morale" e "legge" sono giocati nell'ambito della modernità.

Da un lato, sulla linea che da Hobbes conduce a Kelsen, assistiamo ad una netta affermazione della legge, cioè dell'elemento puramente formale del potere, di contro alla materia costituita dalle esigenze morali dei singoli. Mentre in Hobbes la legge naturale poteva ancora trovare uno spazio, sia pure assai ristretto, svolgendo il ruolo soltanto formale di garantire l'obbedienza al Sovrano, in Kelsen anche quest'ultimo residuo di materialità è svanito: la legge naturale fondamentale viene rimpiazzata dalla G*rundnorm*, in un formalismo compiuto e senza riserve.

La progressiva democratizzazione dei regimi politici positivi ha poi condotto, entro questo modello del diritto puramente formale, all'interno dei Parlamenti le esigenze morali dei corpi sociali rappresentativi della società[269]. D'altro canto, la sempre maggiore giuridicizzazione della morale, che ha ispirato le carte dei diritti dell'uomo, ha reso il diritto sempre più in balia delle pretese individuali o larvatamente sociali, che rivendicavano maggiore libertà, non solo formale, ma anche sostanziale (cioè attraverso

[269] Su questo punto, emblematico è il caso dello Stato di Weimar, sul quale Carl Schmitt ha scritto delle pagine illuminanti, che ne descrivono la genesi storica entro un modello di diritto puramente formale – talmente formale da rendere lo Stato preda di quelle stesse forze sociali che ne predicavano – e che ne avrebbero prodotto – la disfatta. Cfr. C. Schmitt, *Die Geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1923; trad. it. di G. Stella *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2004.

finanziamenti pubblici, sussidi, etc.). Ecco che il diritto, identificato con l'insieme delle leggi prodotte dallo Stato, diventa niente più che uno *strumento* al servizio delle pretese morali di libertà dei soggetti (spesso di natura economica), senza che vi sia alcuna responsabilità di giustizia nei confronti del tutto del corpo sociale. Non dobbiamo stupirci: la morale, in quanto coincidente con la sfera della libertà dell'uomo, è potenzialmente illimitata, e quindi illimitate sono le pretese che i soggetti possono avanzare. Di certo, non si deve nascondere che la capacità di influire sulle decisioni politiche del legislatore sono determinate da molte condizioni. Traviseremmo tuttavia il significato di tale considerazione se la concepissimo esclusivamente sotto il punto di vista della mera opportunità esteriore. La morale, come concepita nella modernità, è infatti una morale *strutturalmente* operativa: come abbiamo già accennato, non si tratta di un sapere *originariamente* pratico, bensì si tratta di un *sapere per fare*. Una morale separata dall'essere è una morale che si pone in termini convenzionali e ipotetico-deduttivi: assunta come indiscussa la bontà del fine da raggiungere (come quello che, nel linguaggio dell'odierna epistemologia, si chiamerebbe un *protocollo*), quali sono i mezzi per ottenerlo? Ecco che la morale non si interroga più sui fini, ma soltanto sui mezzi, essendo i fini dettati dalla stessa contingenza storica del momento, e non sono altri da quelli della classe o del gruppo sociale che in quel momento si intende salvaguardare.

Il diritto, insomma, si pone al servizio di qualsiasi padrone – certamente, però, di quello più forte. Se ci è concessa un'opinione personale, non crediamo che le cose ai nostri giorni siano molto diverse dalla situazione che descriveva Schmitt con ineguagliabile lucidità negli anni Venti del secolo scorso.

La moderna dicotomia tra morale e legge è anche la dicotomia tra il giusnaturalismo, in quanto espressione di una morale operativa e della sua pretesa di essere giuridicamente vincolante, e il giuspositivismo, in quanto fondato sul principio formale di validità della norma. Per tornare a Kelsen, dal quale siamo partiti nell'introduzione al nostro lavoro, egli rappresenta l'esito del moderno giusnaturalismo, nella misura in cui ci presenta il diritto naturale e il diritto positivo come due sistemi giuridici compiuti e contrapposti, e ne rappresenta la fine, in quanto, in nome della

pretesa scientificità del diritto, si libera completamente e senza residui (ciò che non era riuscito a fare Hobbes) di ogni influsso materiale che contamini la pura formalità della produzione normativa. Non possiamo negare che il suo sia un atto di profonda chiarezza ed onestà intellettuale, come saggiamente rileva Michel Villey: «Vi è spesso più onestà intellettuale nei positivisti, o in coloro che ricorrono a questa etichetta, che in molti partigiani del giusnaturalismo, che mascherano con un un linguaggio ingannatore le proprie prese di posizione partigiane»[270].

Il punto centrale, per il nostro discorso, consiste nel metterne in questione la premessa, quella premessa che non è altro che la dicotomia che, assumendo varie coloriture, abbiamo denunciato essere all'origine del moderno giusnaturalismo. Non possiamo cioè parlare di "diritto naturale" e di "diritto positivo" come di due blocchi contrapposti. Diritto naturale e diritto positivo non sono due realtà contrapposte, bensì due dimensioni attraverso le quali si manifesta la medesima realtà di un concreto ordinamento. Pertanto, il diritto naturale non lo potremmo cercare altrove se non nel seno dell'ordinamento stesso. Diritto naturale e diritto positivo non sono neppure due ambiti di esperienza, bensì due dimensioni in cui *si fa* quell'unica esperienza del diritto in cui consiste la *ricerca* del giusto[271].

Nel nostro lavoro abbiamo cercato, da un lato, di contrapporre il pensiero

---

[270] M. Villey, *Laïcité, incertitude et mobilité du droit naturel*, in *Pratique du droit et conscience chrétienne*, Cerf, Paris 1962, p. 107.

[271] Siamo debitori a Giuseppe Capograssi del concetto di "esperienza giuridica", che con tanta passione e forza argomentativa ha difeso nella propria dottrina. Il diritto non è mai alcunché di compiuto, ma è sempre un'*esperienza*. Noi crediamo che in ciò Capograssi riveli la radice istituzionalistica del suo pensiero, come risulta dal suo bellissimo scritto sull'*Ultimo libro di Santi Romano*. La prospettiva del diritto come "esperienza giuridica", a nostro avviso, si attaglia perfettamente a quanto abbiamo cercato sin qui di proporre, cioè l'idea classica del diritto come un concreto ordinamento di *pratiche* e di *rapporti* umani. Vedremo nel prosieguo della nostra trattazione come il diritto naturale derivi, in Capograssi, proprio dall'esperienza che il giurista fa del diritto: il diritto naturale non deriva dai trattati di morale che, aprioristicamente, pretendono di istruire su come debba essere il diritto, ma deriva dalla stessa *prassi giurisprudenziale*. Sul concetto di "esperienza giuridica" in generale, rimandiamo alle seguenti opere: G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* [1937], introd. di P. Piovani, Giuffrè, Milano 1962; G. Capograssi, *L'ultimo libro di Santi Romano* [1951], in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959; G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune* [1930], in Id., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano 1959; G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica* [1932], in Id., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano 1959. Per un'idea del concetto di "esperienza giuridica" si può leggere la relativa voce enciclopedica redatta da Enrico Opocher, allievo di Capograssi all'Università di Padova. Cfr. E. Opocher, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano 1966; E. Opocher, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Giuffrè, Milano 1991.

dell'ordinamento concreto al positivismo giuridico, e dall'altro lato di contrapporlo ad ogni pretesa moralistica e aprioristica, di dedurre cioè da una morale astratta e indeterminata una precettistica che, per dir così, finisca per costituire un codice eterno calato dall'alto.

Quanto al primo punto, il nostro intento è stato quello di contrapporre il pensiero dell'ordinamento concreto alla sopravvalutazione scientifica della legge operata dal positivismo. La legge, infatti, non costituisce la totalità del diritto, ma ne è una mera funzione immanente. Vengono alla mente le parole di Santi Romano: «L'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura»[272]. A proposito dell'obiettività del diritto, fenomeno sul quale abbiamo ripetutamente insistito nel nostro lavoro, Santi Romano aggiunge delle fondamentali precisazioni. Il diritto non è obiettivo perché la norma è obiettiva, ma l'inverso: la norma è obiettiva perché essa è *già originariamente* inserita in un contesto di pratiche avente natura obiettiva. Scrive il giurista siciliano: «Il processo di obiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non sono che una manifestazione, un mezzo con cui si fa valere il potere di quell'*io* sociale di cui si parla. Non c'è alcuna ragione per ritenere che quest'ultimo sia un termine *a quo* del diritto: esso è il diritto stesso, e la norma non è che la sua voce o, meglio, una delle voci, uno dei modi con cui esso opera e raggiunge il suo fine. La sua esistenza e la sua struttura, che segnano al massimo grado quell'elemento dell'obiettività che si afferma proprio e caratteristico del diritto, si debbono comprendere nella linea che circoscrive il confine di un ordinamento giuridico. *L'obiettività delle norme non è che un riflesso, molto più debole e talvolta assolutamente pallido, dell'obiettività di tale ente, e non si saprebbe neppure definire senza riguardo a quest'ultima*»[273]. Poco oltre, Romano, pur senza citarlo, critica Kelsen nel punto in cui quest'ultimo, per conferire piena coerenza al suo

[272] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* [1918], Sansoni, Firenze 1945, p. 13.
[273] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* [1918], Sansoni, Firenze 1945, pp. 15-6 (corsivo nostro).

compiuto formalismo, è costretto ad ammettere che anche il provvedimento, e persino la sentenza, siano "norme" a tutti gli effetti ("norme individuali"). Scrive Santi Romano: «Chi ammette […] che il diritto obiettivo non consta soltanto di norme che abbiano il requisito della generalità, ma anche di precetti individuali e concreti, deve altresì ammettere o che anche questi si debbano considerare come norme, o che il diritto risulti, oltre che di norme, di altri elementi. Ora, a noi sembra non dubbio che la norma in tanto è tale in quanto è generale ed astratta, e appaiono vani e speciosi i tentativi di allargarne il concetto sino a farvi rientrare i provvedimenti»[274]. D'altro canto, la legge non solo non dice tutto il diritto, ma si rivela spesso uno strumento inadeguato: gli antichi ci hanno tramandato il proverbio *Plurimae leges, pessima respublica*. Non solo l'ordinamento non consta primariamente di leggi, ma bisogna pure considerare che i membri di una organizzazione talvolta si oppongono, in nome della dignità conferita loro dalla stessa appartenenza ad una certa istituzione, ad una regolamentazione normativa del loro operare. Le norme positive, inoltre, pongono dei concetti che esse stesse non sono in grado di semantizzare compiutamente e che rimandano, perciò, alla vita concreta di un ordinamento, fatto di pratiche e di relazioni "normali". Scrive a tale proposito Carl Schmitt: «La disciplina e l'onore interni ad ogni istituzione si oppongono, fintantoché l'istituzione dura, ad ogni tentativo di normazione e regolazione totali; essi pongono ogni legislatore e chiunque applichi la legge dinanzi al dilemma, o di adottare ed applicare i concreti concetti giuridici dati con l'istituzione, o di distruggere l'istituzione. Dove, per esempio, c'è ancora una famiglia, sia il legislatore sia il giurista che applica la legge si vedono sempre costretti ad adottare le idee concrete di ordinamento dell'istituzione concreta "famiglia" al posto dell'enunciazione di un concetto generale. Giudice e legislatore, per il fatto di parlare dunque del "buon padre di famiglia", del *bonus pater familias*, si sottomettono all'ordinamento esistente della concreta forma "famiglia". Siffatte idee e siffatti concetti, nonostante tutte le dissoluzioni normativistiche del secolo passato e nonostante il gran numero di regole codificate del diritto di famiglia e di altri àmbiti giuridici, anche oggi sono ancora numerosi e tipici di un ordinamento sostanzialmente istituzionale in contrasto con la

[274] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* [1918], Sansoni, Firenze 1945, p. 18.

regolazione puramente normativistica. Ogni diritto cetuale in quanto tale presuppone delle concrete figure tipiche sviluppatesi dall'ordinamento proprio nella "situazione" concreta e conoscibili solo a partire da essa, per esempio il soldato valoroso, il funzionario ligio al dovere, il compagno onesto, ecc.»[275].

Dall'altra parte, il pensiero dell'ordinamento concreto si contrappone ad ogni apriorismo moralistico, ad ogni pretesa di inferire il diritto da una morale astratta e indeterminata, qual è la morale dei giusnaturalisti, identificata con il regno della libertà. A tal proposito, ci piace concludere il nostro lavoro con il contributo che uno dei maggiori filosofi del diritto del XX Secolo, Giuseppe Capograssi, dà al tema del diritto naturale. La questione del diritto naturale si è posta nella sua urgenza nei primi anni del Dopoguerra, allorquando la mente che non poteva volgersi altrove di fronte a certe nefandezze compiute durante il periodo fascista e alle leggi manifestamente ingiuste promulgate da quel regime (pensiamo soltanto alle leggi razziali). Nell'ambito della rivista *Iustitia*, l'Unione dei Giuristi Cattolici Italiani si è posta apertamente il problema, estremamente pragmatico, se sia lecito – o anche doveroso – per il giudice non applicare una legge ingiusta. Così si esprime un anonimo scrittore nel primo numero della rivista, che ha dato avvio ad un intenso e appassionato dibattito: «Come giurista debbo osservare l'ordinamento positivo e nient'altro che l'ordinamento positivo. Non posso modificarlo. Debbo interpretarlo con i criteri attinti dall'ordinamento stesso. E così facendo salvo l'inestimabile bene della certezza del diritto, e mi metto nelle condizioni logiche e tecniche di necessarie per dar vita alla scienza del diritto. Finora sono stato tranquillo in questa posizione di tutto riposo; ma ad un certo momento della mia storia è accaduto che questo diritto positivo, nel quale avevo risoluto tutto il diritto e tutta la vita de diritto, si è messo, con incredibili esperienze di violenza e di barbarie, in contrasto con quelli che sono i principi e le verità della coscienza cristiana. Debbo lasciare il positivismo e far luogo a quello che finora ho considerato uno "spettro", […] il c.d. diritto naturale (e quindi rinnegare la esigenza della mia posizione di giurista); o resistere sul positivismo che mi assicura come giurista, ma mi mette in contrasto con me

[275] C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens* [1934], Duncker & Humblot, Berlin 1993; ed. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella, Giappichelli, Torino 2002, p. 17.

stesso come cattolico?»[276]. Penso che nessuna altra parola potrebbe essere stata meglio spesa per rendere lo stato d'animo di profonda *crisi* nel quale versa il giurista di fronte ad una legge ingiusta. Rinunciare alla certezza del diritto per soddisfare le esigenze della coscienza, oppure applicare la legge ingiusta e salvaguardare il valore, assolutamente fondamentale, della certezza del diritto? Insomma, come deve comportarsi il giurista? Applicare la legge o rinunciare ad essere giurista? Si badi, a tale proposito, che tutto il dibattito è incentrato sulla figura e sul compito del *giurista*, non sulle esigenze della coscienza del giudice come privato cittadino, il quale può disobbedire alla legge che in coscienza ritiene essere profondamente ingiusta, pagandone naturalmente le conseguenze, che riguarderanno, però, lui soltanto, non l'intero ordinamento, e quindi la cosiddetta "certezza del diritto" che l'ordinamento è volto a garantire. Infatti, il problema, dal punto di vista dell'ordinamento, non è risolto, ma soltanto spostato poco più in là, perché, se un giudice abbandona la toga, si troverà sicuramente qualcun altro che la indossi. Come si deve comportare quindi il giurista in quanto giurista?

Insomma, il giudice deve abdicare al proprio ruolo e alla propria funzione in nome della coscienza? La risposta di Capograssi sembra essere netta: no. Quale ordinamento giuridico può permettersi che il giudice deponga la toga ogniqualvolta ritenga in coscienza che una legge sia ingiusta? In nome di quale codice eterno può essere misconosciuta la razionalità che, nonostante tutte le nefandezze dei legislatori, abita un concreto ordinamento? E poi – come rileva Carnelutti proprio nell'ambito di tale dibattito - «Ma siamo proprio sicuri che a superare il tormento basterebbe che il diritto positivo fosse una copia del diritto naturale?»[277]. Non si può combattere il male se non con il bene: «Quello che è essenziale è di non far perdere di vista, di non far disperdere il bene che la vita presenta».

Ma – ecco il punto – occorre *interpretare* la legge, *obiettivare* la legge, sia pure ingiusta, nella totalità dell'ordinamento, nella sua parte vitale, quella per la quale esso è ancora in grado di garantire quel minimo livello di socialità: di fronte a ciò, che altro è

[276] Anonimo, in *«Iustitia»*, I (1948), n. 1.
[277] F. Carnelutti, in *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951, p. 96.

la legge se non un involucro esteriore, che altro è lo Stato se non uno strumento al servizio della vita degli uomini? Scrive Capograssi: «Perciò i giuristi, cattolici o no, non si trovano, grazie a Dio, nella penosa necessità di optare tra l'ordinamento positivo, e qualche altra cosa che sia "conforme a ragione". Ma, e specialmente i cattolici, poiché debbono adempiere esattamente i doveri del proprio stato di giuristi, come profondamente loro ricorda l'Anonimo, si trovano nella necessità morale di adempirli fino in fondo – ma con uno sforzo di comprensione veramente esaustivo, che va cioè fino in fondo – dell'ordine positivo, di studiarlo, ma senza fermarsi alla sua superficie normativa e alle suture logiche del sistema, senza fermarsi allo Stato, che non è altro, sotto questo aspetto, che un comodo organo di smistamento e di elaborazione dei contenuti della vita, […] ma di arrivare, traverso lo studio di tutte queste cose, sino alle posizioni fondamentali, ai valori costitutivi, alle forme di vita, alle strutture inalterabili della vita concreta dell'umanità, di cui norme e determinazioni positive non sono che le determinazioni storicamente puntuali. Questo è il diritto naturale che è inerente alla formazione stessa della vita»[278]. Qui emerge il diritto naturale: non in una esigenza aprioristica della morale, ma nel seno stesso, nella vita di un concreto ordinamento. Ai tentativi dello Stato e delle leggi da esso emanate di mutilare la vita dell'ordinamento, di perseguire le proprie finalità in quanto separate dall'ordinamento, di fare del diritto un semplice e puro *mezzo* per il perseguimento di fini ad esso esteriori, noi non possiamo contrapporre una morale altrettanto astratta e separata, ma dobbiamo andare a scoprire la razionalità immanente di quell'ordinamento, la sua *vita*, la sua capacità di preservare quelle pratiche e quei rapporti che ancora riescono a salvaguardare quel *minimum* di armonia e stabilità nelle relazioni umane. Il diritto naturale non sta altrove che in quelle stesse pratiche e relazioni umane. Contro ogni pretesa dello Stato e delle leggi di porsi essi stessi come il diritto, Capograssi riconduce tanto l'uno quanto le altre all'interno di un concreto ordinamento. Il fine dell'ordinamento deve essere preservato e *può* essere preservato proprio in ragione del fatto che l'ordinamento non è né lo Stato, né si identifica con l'insieme delle leggi da questo promulgate. Quando lo Stato si pone esso stesso come una totalità, i fini di quella totalità si presuppongono essere i fini dello

[278] G. Capograssi, in *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951, pp. 67-8.

stesso ordinamento: ecco che i fini dello Stato si pongono potenzialmente *contro* la vita dell'ordinamento. I tentativi dello Stato di fare del diritto un semplice *strumento* al servizio dei *propri* fini è «il dramma perenne della storia»[279]. Aggiunge Capograssi: «Contro questi tentativi e tentazioni nasce l'istanza perenne del diritto naturale che è la perenne protesta della coscienza contro il tentativo di mutilare l'ordinamento della sua radice e della sua vivente sostanza»[280]. L'istanza della coscienza non si pone in nome di una legge superiore, bensì in ragione della stessa preservazione dell'ordinamento, delle sue pratiche e delle sue strutture fondanti. Anche Francesco Gentile scrive a tal riguardo: «Il diritto naturale non è una duplicazione del codice civile, e non può funzionare da modello, dal quale ricavare le leggi, per deduzione. […] La fonte naturale del diritto – e qui è percepibile la connessione tra natura dell'uomo e diritto – è segnata storicamente dalla giurisprudenza: *la giurisprudenza è il diritto naturale*. E noi abbiamo la fortuna di conoscere il modello della giurisprudenza romana, [di una adesione] alla realtà in incessante movimento, e così rinnovantesi per mezzo dei suoi artefici, i giuristi, veri *sacerdotes* del diritto giurisprudenziale. […] Il dato è indiscutibile: sebbene nella nostra Europa continentale la misura dell'ordinamento sembra essere diventata oggi la legislazione, […] nella tradizione giuridica europea la misura è sempre stata un'altra, ed è data insieme dalla natura, dall'equità, dalla buona fede, dalla giustizia, che vengono di volta in volta fissate nel caso concreto; la fonte del diritto è la *ipsa res iusta*, così come, concretamente e storicamente, riesce ad attuarsi nell'esperienza giuridica del processo»[281].

Per Capograssi, insomma, invano cercheremmo il diritto naturale in un qualche codice eterno che piova dal cielo, ma lo possiamo - e lo dobbiamo – cercare laddove esso vive, cioè in un concreto ordinamento. Solo guardando a fondo di un ordinamento scopriremmo ancora la vita che vi abita, i principi fondamentali che lo tengono in vita. Noi non abbiamo a che fare che con ordinamenti positivi, ma è guardando a fondo di tali ordinamenti positivi che scopriremmo il diritto naturale: «Qui soccorre più che mai questa necessità di guardare a fondo, di guardare nel profondo degli ordinamenti

[279] G. Capograssi, in *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951, p. 68.
[280] G. Capograssi, in *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951, p. 68.
[281] F. Gentile, *Filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 2006, p. 223 (corsivo nostro).

positivi. Il punto fondamentale è che in queste crisi l'ordinamento non è sparito: si conserva ancora in parti vive, in quanto si conserva ancora una vita umana e sociale, in quanto e per quel tanto che la ragione profonda della vita riesce a ordinarsi e a realizzarsi nelle forme e nelle istituzioni essenziali della vita umana. […] La legge ingiusta è veramente terribile perché trova chi interiormente vi aderisce, chi l'accetta, chi la fa propria. E questo dolore spinge il giurista, spinge la scienza alla sua tacita opera salvatrice. La quale non consiste in altro appunto che in un non lasciarsi captare dalla legge ingiusta, ma riportare la legge ingiusta nella vita ancora sana dell'ordinamento, captare la legge ingiusta nelle parti vive dell'ordinamento»[282].

[282] G. Capograssi, in *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma 1951, p. 68-9.

APPENDICE

LA QUESTIONE DELL'AUTORITÀ TRA FILOSOFIA DELLA POLITICA E FILOSOFIA DEL DIRITTO

La questione dell'autorità è un ambito che riguarda prevalentemente la filosofia della politica piuttosto che la filosofia del diritto. Tuttavia, i confini delle due discipline appaiono, sul tema dell'autorità, alquanto sfumati. Nel discorso che abbiamo precedentemente affrontato, abbiamo cercato di distinguere il significato *specificamente politico* dell'autorità, che va tenuto ben distinto da quello pedagogico-educativo. Per quanto anche l'autorità politica possa svolgere – e di fatto in molti casi svolge - una funzione pedagogica, tale funzione non ricopre un ruolo *essenziale*. Il *proprium* dell'autorità *politica*, infatti, consiste nell'essere un principio di azione comune in vista del fine politico. L'autorità politica si darebbe anche in un mondo di esseri umani perfettamente intelligenti e virtuosi, si darebbe anche nel mondo ultraterreno.

Ora, l'autorità specificamente *politica* assume un importante significato anche *giuridico* – e ciò in ordine a tre ragioni fondamentali.

In primo luogo, infatti, l'autorità politica si pone soltanto tra persone *diverse*, delle quali cioè è caratteristica imprescindibile l'*alterità* (che abbiamo visto essere requisito essenziale al diritto). Così non vi può essere propriamente autorità politica tra il tutto e la parte, perché la parte non può avere esistenza separatamente dal tutto. Tra il padre e il figlio non vi può essere autorità politica, perché il figlio non è considerato, finché non ottiene la capacità di agire, qualcosa di diverso dal padre, tanto che, nei nostri attuali ordinamenti giuridici, il genitore è responsabile degli atti che il figlio dovesse compiere contro la legge. Allo stesso modo, non vi può essere autorità politica tra il padrone e lo schiavo, poiché lo schiavo non può essere separato dal proprio padrone, del quale è uno strumento. Nell'ambito domestico e padronale, insomma, non vi può essere propriamente autorità politica, come giustamente rileva Hannah Arendt, riferendosi alla *polis* greca: «Ora, nella mentalità dei Greci […] il padrone che si

muoveva tra i suoi schiavi non era libero: la sua libertà esisteva nella misura in cui sapeva lasciare del tutto l'ambito domestico e vivere tra pari suoi, tra uomini liberi»[283]. L'alterità, cioè la compiuta libertà dei cittadini, è un requisito fondamentale al darsi dell'autorità politica. Per la medesima ragione, la Arendt afferma che, nella mentalità greca, né il despota né il tiranno esercitano propriamente l'autorità politica, non solo perché tendono al bene privato anziché al bene comune, ma anche in ragione del fatto che manca loro il requisito dell'alterità, giacché il despota non può considerare gli schiavi come altro da sé, così come il tiranno considera i sudditi come sue mere appendici attraverso le quali perseguire il proprio privato interesse[284]. Così come non vi può essere propriamente "diritto" nell'ambito domestico o padronale, perché manca il requisito essenziale dell'alterità, allo stesso modo, e per la medesima ragione, non vi può essere autorità politica in quelle sfere in cui non sia essenziale l'alterità. In tal senso, possiamo inferire che l'autorità politica deve rispondere al requisito *giuridico* dell'alterità, che non è invece essenziale alla pura morale, tant'è che la morale continua ad avere vigore anche in quelle relazioni (per esempio padre-figlio, servo-padrone) nelle quali non è di per sé prevista l'alterità come requisito essenziale.

Un altro punto molto importante di convergenza tra la filosofia della politica e la filosofia del diritto quanto al tema dell'autorità risiede nella questione della *competenza*. Tale questione è un tema centrale della filosofia del diritto. La filosofia della politica, infatti, si interroga sulla questione del regime politico: il pensiero greco classico, per esempio, da Platone ad Aristotele, è pervaso dall'intento di comprendere quale sia il regime per natura migliore. Tuttavia, il problema che si pone il filosofo del diritto è un altro: quale che sia il regime per natura migliore, occorre interrogarsi sulla legittimità del titolo di colui che decide. Da tale punto di vista, la qualità del regime politico, sia esso democratico, aristocratico o misto, è indifferente, perché ciò che conta è la *legittimità* del titolo. In altri termini, il problema filosofico-giuridico sta tutto

[283] H. Arendt, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961; trad. it. di T. Gargiulo *Tra passato e futuro*, introd. di A. Dal Lago, Garzanti, Milano 1991, p. 147.

[284] Cfr. H. Arendt, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961; trad. it. di T. Gargiulo *Tra passato e futuro*, introd. di A. Dal Lago, Garzanti, Milano 1991, p. 147-8.

nell'origine, non certo storico-genetica, bensì *logica* del titolo a decidere. Il problema della *competenza* è il problema di chi ha il *diritto* di decidere, di quale sia l'origine giuridica del giusto titolo alla decisione. Vi sono due strade: l'una rinviene la questione della legittimità della competenza nel seno di un concreto ordinamento *presupposto*, l'altra la pone originariamente al di fuori di quell'ordinamento che pure essa è chiamata a costituire. Abbiamo qui la fondamentale differenza tra il pensiero classico e quello moderno: quest'ultimo trova il suo cardine nel concetto di "sovranità" o di "decisione sovrana". Il Sovrano costituisce l'ordinamento dall'esterno, con un atto decisionale in cui manifesta il proprio *potere* come alcunché di assoluto nella propria effettività. Nel nostro lavoro, abbiamo tentato di difendere una concezione del diritto come pensiero dell'ordinamento concreto, perché crediamo che le pretese fondazionalistiche della modernità non abbiano recato un grande servizio al diritto. In tal senso, nel pensiero classico dell'autorità, quest'ultima è una mera *funzione*, sia pure necessaria, di un tutto già organizzato e strutturato secondo relazioni di giustizia: la competenza della decisione, qualunque sia la natura del regime politico adottato, risiede nell'ordinamento stesso[285].

Un terzo elemento che pone in rilievo il legame tra l'autorità, come principio *politico* di ordinamento della comunità, e il diritto si rende manifesto allorché consideriamo come sia difficilmente separabile in molti contesti il merito di una determinata decisione dell'autorità dalla questione della sua legittimità, giuridicamente tutelata e tutelabile. La discrezionalità politica di una pubblica amministrazione (per esempio, di un Comune, di una Università, etc.) può essere compresa solamente nella sua relazione funzionale al bene che essa è chiamata a tutelare. In ciò si palesa la concezione del diritto che abbiamo inteso avanzare: il diritto è un concreto ordinamento

[285] Sulla questione della *competenza*, come concetto cardine della filosofia del diritto, rimandiamo all'opera di Carl Schmitt, in particolare alla sua produzione del periodo weimariano. Soprattutto si veda C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922; trad. it. di P. Schiera *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972. Sempre in riferimento al pensiero del giurista di Plattenberg, la questione circa la competenza della decisione è declinata nel concetto di *rappresentazione* (*Repräsentation*), in quanto contrapposta alla rappresentanza (*Vertretung*) privatistica. Su ciò si veda C. Schmitt, *Römischer Katholizismus un politische Form*, Klett-Cotta, Stuttgart 1923; ed. it. *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, il Mulino, Bologna 2010.

di pratiche e di rapporti avente natura obiettiva, all'interno del quale si inserisce, come una sua funzione immanente, l'autorità. Pertanto, il contenuto del provvedimento assunto da una amministrazione deve rispondere a dei caratteri che lo rendano funzionale al perseguimento di un interesse collettivo e dev'essere adeguatamente motivato. D'altro canto, l'esigenza di conferire una tutela giurisdizionale dei legittimi interessi dei cittadini potenzialmente lesi da tale provvedimento prevede che vi possa essere un provvedimento che contrasti con i criteri di legittimità. Tutte le ragioni di invalidità di un provvedimento amministrativo vengono fatte rientrare nelle tre canoniche categorie di "incompetenza", "eccesso di potere" e "violazione di norme"[286]. Naturalmente, dal punto di vista giuridico, l'elemento che pone maggiore incertezza e che, pertanto, è suscettibile delle più svariate interpretazioni, è l'"eccesso di potere". Non è facilmente identificabile quando si verifichi un eccesso di potere: dinanzi a tale figura, la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità del giudice amministrativo esercitano un ruolo estremamente importante nella valutazione delle situazioni che di volta in volta si presentano. Il concetto di "eccesso di potere" è difficilmente semantizzabile in maniera univoca, così come è difficilmente definibile la nozione di "merito amministrativo", che pure compare, oltre che nella dottrina, anche in alcuni testi di legge. Scrivono a tale proposito Ramajoli e Villata: «La categoria dei vizi di merito è difficile da definire e da tipizzare, anche se, su un piano descrittivo, comunemente si ritiene viziato nel merito il provvedimento che, pur conforme alle regole e ai principi giuridici, sia considerato non idoneo a soddisfare l'interesse pubblico cui è diretto, in quanto non conforme ai criteri di opportunità e alle regole di buona amministrazione»[287]. Ma fino a che punto può spingersi l'attività discrezionale della pubblica amministrazione senza incorrere in un abuso del proprio potere che costituirebbe motivo di invalidità del provvedimento da essa adottato? I confini sono estremamente sfumati. La *lettera* delle norme cede il passo allo *spirito* delle stesse, ed in ciò possiamo ravvisare la differenza tra la mera "violazione di legge" e l'"eccesso di potere" come figura autonoma: «Il giudice amministrativo, per accertare se

[286] Tale tripartizione è stata codificata per la prima volta dalla Legge Crispi del 1889, art. 3.
[287] R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 546.

l'amministrazione abbia perseguito il suo fine, deve, in primo luogo, stabilire quale sia questo fine e, quindi, svolgere una delicata attività di interpretazione della norma attributiva del potere, che, come si è visto, raramente indica con precisione l'interesse pubblico primario. Solo dopo avere interpretato la norma in funzione dello scopo che essa è chiamata a tutelare ed avere individuato tale scopo, risulta possibile ricavare da esso quei criteri e quelle misure entro le quali dovrà svolgersi l'apprezzamento e quindi controllare se la scelta adottata sia compatibile con questo fine. L'operazione descritta è l'unica che permette un esercizio del potere discrezionale conforme allo spirito della norma»[288]. Troviamo in questo passo molti elementi sui quali concentrare la nostra riflessione. Tre espressioni ci sembrano di fondamentale importanza: "interpretazione", "funzione e scopo", "spirito della legge". Il provvedimento è tale in quanto esercita una certa *funzione* sociale, e tale funzione non può essere compresa indipendentemente dalla *prassi* (amministrativa, giurisprudenziale) in cui concretamente *si fa* il diritto. Il diritto, insomma, nel suo senso primario e fondamentale, appare essere quello di un concreto ordinamento di pratiche e rapporti. Scrivono Villata e Ramajoli: «La circostanza che le ormai numerose manifestazioni dell'eccesso di potere, scaturenti dall'esperienza giurisprudenziale, non siano riducibili entro schemi fissi, rende l'eccesso di potere medesimo un vizio articolato e composito, una figura aperta, […] nel senso di una figura non codificabile rigidamente in alcune ipotesi particolari»[289]. Così la dottrina e la prassi giurisprudenziale sono giunte a semantizzare progressivamente dei concetti che non trovano – e non possono trovare – espressione compiuta nel dettato normativo: l'eccesso di potere viene a costituire un vizio della funzione amministrativa, la cui fonte di illegittimità consiste nella disparità di trattamento che esso ingenera, nella mancanza di una adeguata motivazione al provvedimento che ne giustifichi l'opportunità, nella contraddittorietà interna della motivazione o della motivazione con il dispositivo, nella violazione di circolari o nella disattenzione rispetto alla prassi amministrativa consolidata, etc. Tutte queste caratterizzazioni non pongono tuttavia dei confini certi e ben definiti all'attività amministrativa, ma, nondimeno, la discrezionalità amministrativa

[288] R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 444-5.
[289] R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 434.

è sottoposta ad un giudizio di legittimità: l'autorità politica si inserisce pertanto in quel contesto di pratiche in cui consiste il diritto. In tal senso, possiamo affermare che i confini tra quanto è semplicemente oggetto di una decisione politica dell'autorità, il giudizio di merito, e quanto invece riguarda quella branca del diritto che è il diritto amministrativo, che si pronuncia sui provvedimenti della pubblica amministrazione sulla base di un giudizio di legittimità, sono, nella pratica, estremamente sfumati. Così concludono Ramajoli e Vallata: «Se da un punto di vista astratto il piano della illegittimità è completamente distinto da quello dell'opportunità, nel corso della trattazione si è continuato ad affermare che la linea di demarcazione tra sfera della legittimità e sfera del merito appare incerta. Conseguentemente, anche la linea di demarcazione tra vizi di legittimità e vizi di merito non è chiara ed è costantemente soggetta a mutamenti. […] Il tema è quello […] del mobile confine dell'ambito sindacabile dell'attività amministrativa discrezionale e della particolare tecnica di controllo incentrata sull'eccesso di potere, che progressivamente ed elasticamente attrae nel sindacato di legittimità l'area ascritta al merito»[290]. Per tale ragione, per la difficoltà cioè di una netta distinzione tra merito politico e legittimità giuridica, nella giustizia amministrativa italiana, ma condivisa anche da altri Paesi, il giudice amministrativo si differenzia dal giudice ordinario, in quanto non è sufficiente una mera preparazione teorica per ricoprire tale ruolo (il superamento di un concorso), ma è richiesta una preventiva esperienza nella prassi giudiziaria o amministrativa (come avvocato amministrativista, dirigente pubblico, etc.). Scrive Carlo Emanuele Gallo a tale proposito: «Una scelta di questo genere si comprende soltanto se si tiene conto del fatto che il controllo sull'attività dell'amministrazione non è soltanto un controllo che possa essere compreso sulla base di uno studio meramente teorico dell'attività amministrativa: la valutazione dell'esercizio della discrezionalità amministrativa richiede, infatti, un affinamento delle proprie conoscenze e sensibilità che soltanto un'attività concreta di operatore può far acquisire»[291].

[290] R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006, p. 547-8.
[291] C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino 2010, p. 41.

BIBLIOGRAFIA

Testi di Luigi Taparelli d'Azeglio

- L. Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [Palermo 1840-43], V edizione dell'ultima riveduta e corretta dall'Autore del 1855, 2 voll., Edizioni de *La civiltà cattolica*, Roma 1949.
- L. Taparelli d'Azeglio, *Corso elementare di natural diritto ad uso delle scuole*, Giovanni Pedone Lauriel Editore, Napoli 1857 [1843].
- L. Taparelli d'Azeglio, *Sintesi di diritto naturale*, a cura di F. Pergolesi, Zanichelli, Bologna 1940.
- L. Taparelli d'Azeglio, *Esame critico degli ordini rappresentativi nella società moderna*, 2 voll., Tipografia de *La civiltà cattolica*, Roma 1854.
- L. Taparelli d'Azeglio, svariati articoli apparsi su *La civiltà cattolica* negli anni 1850-1862.
- L. Taparelli d'Azeglio, *Essai sur les principes philosophique de l'économie politique. Recueil d'articles publiés dans* La civiltà cattolica *de 1856 à 1862*, traduzione francese, introduzione e note di R. Jacquin, Lethielleux, Paris 1943.

Altri testi

- G. Ambrosetti, *Il diritto naturale della Riforma cattolica. Una giustificazione storica del sistema di Suarez*, Giuffrè, Milano 1951.
- G. Ambrosetti, *Diritto come potere e diritto come ordine nel pensiero del Taparelli*, in *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e de *La civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964.
- H. Arendt, *Some Questions of Moral Philosophy*, Schocken, New York 2003; trad. it. di D. Tarizzo *Alcune questioni di filosofia morale*, prefaz. di S. Forti, Einaudi, Torino 2006.

- H. Arendt, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1958; trad. it. di S. Finzi *Vita activa. La condizione umana*, intr. di A. Dal Lago, Bompiani, Milano 2006 [1964].
- H. Arendt, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961; trad. it. di T. Gargiulo *Tra passato e futuro*, introd. di A. Dal Lago, Garzanti, Milano 1991.
- Aristotele, *Politica*, traduzione sul testo greco di W.D. Ross, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1993.
- Aristotele, *Etica nicomachea*, traduzione sul testo greco di F. Susemihl e O. Apelt, testo originale a fronte, a cura di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 1999.
- Aristotele, *Retorica e Poetica*, a cura di M. Zanatta, UTET, Torino 2004.
- A. Barale, *Il concetto di proprietà nel p. Taparelli*, Cottolengo, Pinerolo 1960.
- E. Barker, *La concezione romana dell'Impero e altri saggi*, a cura di A. Prospero, Laterza, Bari 1938.
- M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, Paris 1990.
- S. Bauzon, *Il mestiere del giurista. Il diritto politico nella prospettiva di Michel Villey*, Giuffrè, Milano 2001.
- E. Berti, *Le vie della ragione*, il Mulino, Bologna 1987.
- E. Berti (a cura di), *Guida a Aristotele*, Laterza, Roma-Bari 2000 [1997].
- A. Biral, *Sulla filosofia pratica ovvero il rispetto verso Aristotele*, in appendice a *Che cos'è la politica? Dialoghi con Alessandro Biral*, a cura di F. Battistin, il Prato, Padova 2006.
- N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, UTET, Torino 2004.
- N. Bobbio, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, XVI (1936), n. 4-5.
- N. Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in *Studi in memoria di Gioele Solari*, Ramella, Torino 1954, pp. 61-101; ora in Id., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989.
- N. Bobbio, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Hans Kelsen*, in *Dalla*

struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto, Comunità, Milano 1977.

- N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1945.
- N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2009.
- N. Bobbio, *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli 1965.
- N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989.
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
- N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965.
- G. Bontadini, *Materialismo e fenomenismo in Hobbes. Fenomenismo metafisico e fenomenismo gnoseologico*, in Id., *Studi di filosofia moderna*, Vita e Pensiero, Milano 1996, pp. 81-98.
- E. Botto, *Modernità in questione. Studi su Rosmini*, Franco Angeli, Milano 1999.
- S.M. Brown, *The Taylor Thesis*, in *«The Philosophical Review»*, LXVIII (1959), n. 3, pp. 303-323.
- B. Brunello, *Il pensiero politico italiano dal Romagnosi al Croce*, Zuffi, Bologna 1949.
- G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959.
- G. Capograssi, *Giudizio processo scienza verità*, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959.
- G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* [1937], introd. di P. Piovani, Giuffrè, Milano 1962.
- G. Capograssi, *L'ultimo libro di Santi Romano* [1951], in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959.
- G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune* [1930], in Id., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano 1959.
- G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica* [1932], in Id., *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano 1959.
- D. Composta*, Il diritto soggettivo secondo L. Taparelli d'Azeglio,* in *Miscellanea*

Taparelli, a cura della Pontificia Università Gregoriana e della *Civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964, p. 62.

- D. Composta, *La «moralis facultas» nella filosofia giuridica di F. Suarez*, SEI, Torino 1957.
- D. Composta, *Intersoggettività e morale*, ESI, Napoli 1999.
- S. Cotta, *Il concetto di legge nella 'Summa theologiae' di S. Tommaso d'Aquino*, Giappichelli, Torino 1955.
- M. D'Addio, *Giuseppe Capograssi*, Giuffrè, Milano 2011.
- F. D'Agostino, *La tradizione dell'*epieikeia *nel medioevo latino*, Giuffrè, Milano 1976.
- G. De Rosa, *I Gesuiti in Sicilia e la rivoluzione del '48*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 1963.
- G. Dianin, *Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862). Il significato della sua opera, al tempo del rinnovamento neoscolastico, per l'evoluzione della teologia morale*, Pubblicazione del Pontificio Seminario Lombardo, Roma 2000.
- E. Di Carlo, *Diritto e morale secondo L. Taparelli d'Azeglio*, Priulla, Palermo 1921.
- G. Duso (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999.
- G. Falco, *La Santa Romana Repubblica* [1942], Ricciardi, Milano-Napoli 1986.
- A. Falchi, *Le moderne dottrine teocratiche (1600-1850)*, Bocca, Milano 1908.
- G. Fassò, *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello Stato*, in *«Rivista trimestrale di diritto e procedura civile»*, 1962, fasc. 3, pp. 811-875.
- G. Fassò, *Il diritto naturale*, ERI, Roma 1964.
- G. Fassò, *Cristianesimo e società*, Giuffrè, Milano 1956.
- G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Comunità, Milano 1974.
- G. Fassò, *Vico e Grozio*, Guida, Napoli 1971.
- J.M. Finnis, *Aquinas on* Ius *and Hart on Rights. A Response to Tierney*, in *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.
- J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford-

New York 1980.

- J.M. Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford-New York 1998.
- J.M. Finnis, *Moral Absolutes (Tradition, Revision and Truth)*, The Catholic University of America Press, Washington 1991; trad. it. di A.M. Maccagnini *Gli assoluti morali. Tradizione, revisione e verità*, Ares, Milano 1993.
- E.L. Fortin, *Classical Christianity and The Political Order: Reflections on The Theologico-Political Problem*, in *Collected Essays*, vol. II, Rowman & Littlefield, Lanham-London 1996.
- E.L. Fortin, *Human Rights, Virtue and the Common Good: Untimely Meditations on Religion and Politics*, in *Collected Essays*, vol. III, Rowman & Littlefield, Lanham-London 1996.
- V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano 1998.
- C.E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino 2010.
- G. Gavazzi, *L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, XXXIV (1957), pp. 217-229.
- F. Gentile, *Filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 2006.
- F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Giuffrè, Milano 2003.
- F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, CEDAM, Padova 2005 [2001].
- C. Giacon, *La seconda scolastica. I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*, in Id., *La seconda Scolastica*, vol. III, Bocca, Milano 1950.
- A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pubblicazioni dell'Università di Pavia – Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Pavia 1966.
- G. Graneris*, I caratteri del diritto naturale nel «Saggio» del p. Taparelli,* in *«Rivista di filosofia neoscolastica»,* XXXIII (1941).
- G. Graneris, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, SEI, Torino 1949.

- G. Graneris, *L'amoralità del diritto di fronte alla dottrina di A. Tomaso*, in *«Rivista di filosofia neoscolastica»*, XXXII (1940), pp. 138-49.
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1996.
- H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, curavit B.J.A. De Kanter-van Hettinga Tromp, annotationes novas addiderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire, adiuvante E. Arps-De Wilde, Scientia, Aalen 1993.
- U. Grozio, *De iure belli ac pacis* [1625], *Prolegomena et liber I*; ed. it. *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, trad. it. dei *Prolegomeni* di G. Fassò, trad. del libro I di F. Arici e F. Todescan, introd. di G. Fassò, CEDAM, Padova 2010.
- G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, Sirey, Paris 1932.
- G. Gurvitch, *Sociology of Law*, Routledge & Kegan Paul, London 1953; trad. it. di S. Cotta *Sociologia del diritto*, Comunità, Milano 1957.
- C.L. von Haller, *Restauration der Staats-Wissenschaft* [1816-1834]; ed. it. *La restaurazione della scienza politica*, 3 voll., a cura di M. Sancipriano, UTET, Torino 1963-1981.
- H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights?*, in *«Philosophical Review»*, LXIV (1955), ripubblicato in *Political Philosophy*, a cura di A. Quinton, Oxford University Press, Oxford-New York 1967.
- M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, antologia di testi, a cura di W. Cesarini Sforza, presentaz. di A. Baratta, Giuffrè, Milano 1967.
- T. Hobbes, *Leviathan* [1651]; ed. it. *Leviatano*, a cura di R. Santi, con testo inglese a fronte e testo latino in nota, Bompiani, Milano 2001.
- T. Hobbes, *De Cive. The Latin Version*, Clarendon Press, Oxford 1983.
- T. Hobbes, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 2002.
- T. Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, Frank Cass Publishers, London 1969.
- T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica*, a cura di A. Pacchi, con un

saggio introduttivo di L. Violante, Sansoni, Milano 2004.

- A. Hold-Ferneck, *Der Staat als Übermesch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens*, Verlag von Gustav Fischer, Wien 1926; trad. it. di A. Scalone *Lo Stato come superuomo con una discussione della dottrina del diritto di Hans Kelsen*, in H. Kelsen – A. Hold-Ferneck, *Lo Stato come superuomo. Un dibattito a Vienna*, a cura di A. Scalone, Giappichelli, Torino 2002.
- N. Iannello, *L'ordine degli uomini. Antropologia e politica nel pensiero di Thomas Hobbes e di Jean-Jacques Rousseau*, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma 1998.
- R. Jacquin, *Taparelli*, Lethielleux, Paris 1943.
- H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *Teoria generale del diritto e dello Stato*, prefaz. di E. Gallo, introd. di G. Pecora, Etas, Milano 1994;
- H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, R. Heise, Charlottenburg 1928; trad. it. di S. Cotta e G. Treves *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 59-130.
- H. Kelsen, *Der Staat als Übermesch. Eine Erwiderung*, Verlag von Julius Springer, Wien 1926; trad. it. di A. Scalone *Lo Stato come superuomo. Una risposta*, in H. Kelsen – A. Hold-Ferneck *Lo Stato come superuomo. Un dibattito a Vienna*, a cura di A. Scalone, Giappichelli, Torino 2002.
- H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, in *«Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatrechtslehrer»*, III (1927).
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien 1960 [1934]; ed. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966.
- R. Koselleck, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogene der bürgelichen Welt*,

Verlag Karl Alber, Freiburg-München 1959; trad. it. di G. Panzieri *Critica illuminista e crisi della società borghese*, il Mulino, Bologna 1971.

- D. Kries, *In Defense of Fortin (Response to Brian Tierney)*, in *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.
- L. Lachance, *Le concept de droit selon Aristote e S. Thomas*, Sirey, Paris 1933.
- L. Lachance, *L'humanisme politique de saint Thomas*, 2 voll., Sirey, Paris 1939.
- J. Locke, *The Second Treatise of Government* [1691]; trad. it. di A. Gialluca *Il secondo trattato sul governo*, con testo inglese a fronte, intr. di T. Magri, BUR, Torino 2001.
- M.G. Losano, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, VL (1968), pp. 524-545.
- J. Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Éditions de la Maison Française, New York 1942; trad. it. di G. Usellini e P. Viotto *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, presentaz. di V. Possenti, Vita e Pensiero, Milano 1977.
- J. Maritain, *La philosophie morale. Examen historique et critique des grands systèmes*, Gallimard, Paris 1998 [1960]; trad. it. di A. Pavan *La filosofia morale. Esame storico e critico dei grandi sistemi*, postfaz. di V. Possenti, Morcelliana, Brescia 1999 [1971].
- J. Maritain, *Man and The State*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di L. Frattini *L'uomo e lo Stato*, introd. di V. Possenti, Marietti, Genova-Milano 2003.
- K. Marx, *Oekonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844*, Mosca 1932; trad. it. di N. Bobbio *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Einaudi, Torino 1968 [1949].
- T. Nagel, *Hobbes's Concept of Obligation*, in *«The Philosophical Review»*, LXVIII (1959), pp. 68-83.
- C. Natali, *Etica*, in *Guida ad Aristotele*, a cura di E. Berti, Laterza, Roma-Bari 2000 [1997].
- F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano 1944.

- E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1993.
- E. Opocher, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milano 1966.
- E. Opocher, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Giuffrè, Milano 1991.
- E. Opocher, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Tipografia Crivellari, Treviso 1947.
- A. Pacchi, *Introduzione a Hobbes*, Laterza, Roma-Bari 2009.
- A. Pacchi, *Convenzione e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, La Nuova Italia, Firenze 1965.
- F. Palladini, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, il Mulino, Bologna 1990.
- A. Passerin d'Entrèves, *Natural Law*, Hutchinson & Co., London 1951.
- A. Perego, *Meteconomia finanziaria del Taparelli*, in AA.VV., *Miscellanea Taparelli*, a cura della Pontificia Università Gregoriana e de *La civiltà cattolica*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964.
- A. Perego, *Autocritica taparelliana nella questione dell'origine dell'autorità*, in *«Gregorianum»*, XXXI (1950), pp. 125-37.
- P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari 1961.
- P. Piovani, *La filosofia nuova di Vico*, a cura di F. Tessitore, Morano, Napoli 1990.
- P. Piovani, *La teodicea sociale di Rosmini*, CEDAM, Padova 1957.
- P. Piovani, *Normatività e società*, Jovene, Napoli 1949.
- R. Polin, *Justice et raison chez Hobbes*, in *«Rivista critica di storia della filosofia»*, XVII (1962), pp. 450-469.
- R. Polin, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, PUF, Paris 1953.
- Pontificia Accademia di S. Tommaso d'Aquino (a cura di), *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi. Saggi*, Città Nuova, Roma 1975.
- Pontificia Università Gregoriana e *La civiltà cattolica* (a cura di), *Miscellanea Taparelli*, Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, Roma 1964.

- P. Porro, *Tommaso d'Aquino. Un profilo storico-filosofico*, Carocci, Roma 2012.
- G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Sirey, Paris 1939; ed. it. *La filosofia dell'istituzione*, a cura di M.L. Tarantino, Gangemi, Roma 2004.
- G. Renard, *De l'institution à la conception analogique du droit*, in *«Archives de Philosophie du Droit e de Sociologie Juridique»*, V (1935), pp. 82-145; trad. it. di D. Lovat e F. Todescan *Dall'istituzione alla concezione analogica del diritto*, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di C. Ciscato e F. Todescan, CEDAM, Padova 2010, pp. 131-206.
- M. Rhonheimer, *Natur als Grundlage der Moral. Die personale Struktur des Naturgesetzes bei Thomas von Aquin. Eine Auseinandersetzung mit autonomer und teleologischer Ethik*, Tyrolia, Innsbruck 1987; trad. it. di E. Babini *Legge naturale e ragione pratica. Una visione tomista dell'autonomia morale*, Armando, Roma 2001.
- J. Ritter, *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1969; trad. it. di R. Garaventa e G. Cunico *Metafisica e politica. Studi su Aristotele e Hegel*, a cura di G. Cunico, Marietti, Genova 1997.
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico* [1918], Sansoni, Firenze 1945.
- H.A. Rommen, *Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy* [1947], Liberty Fund, Indianapolis 1998.
- A. Rosmini, *Filosofia della politica* [1839], a cura di M. D'Addio, Città Nuova, Roma 1997.
- A. Rosmini, *La società e il suo fine*, in *Filosofia della politica*, a cura di M. D'Addio, in *Opere di Antonio Rosmini*, vol. 33, Città Nuova, Roma 1997.
- A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, CEDAM, Padova 1967-9, vol. VI.
- G. Saitta, *La scolastica del secolo XVI e la politica dei Gesuiti*, Bocca, Torino 1911.
- M. Sancipriano, *Il pensiero politico di Haller e Rosmini*, Marzorati, Milano 1968.

- G. Sartori, *La scienza politica*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. Firpo, UTET, Torino 1972, vol. VI, pp. 665-800.
- C. Schmitt, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922; trad. it. di P. Schiera *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972.
- C. Schmitt, *Römischer Katholizismus un politische Form*, Klett-Cotta, Stuttgart 1923; ed. it. *Cattolicesimo romano e forma politica*, a cura di C. Galli, il Mulino, Bologna 2010.
- C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens* [1934], Duncker & Humblot, Berlin 1993; ed. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella, Giappichelli, Torino 2002.
- C. Schmitt, *Die Geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1923; trad. it. di G. Stella *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2004.
- C. Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Klett-Cotta, Stuttgart 1954; trad. it. di G. Gurisatti *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, con un saggio di F. Volpi, Adelphi, Milano 2002.
- C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des 'Jus publicum Europaeum'* [1950], Duncker & Humblot, Berlin 1974; trad. it. di E. Castrucci *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello 'Jus publicum europaeum'*, Adelphi, Milano 1991.
- Y-R. Simon, *Philosophy of Democratic Government*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1951; trad. it. di R. Fabbri *Filosofia del governo democratico*, Massimo, Milano 1983.
- B. Spaventa, *La politica dei Gesuiti nel secolo XVI e nel XIX: polemica con 'La civiltà cattolica' (1854-55)*, a cura di G. Gentile, Dante Alighieri, Milano-Roma-Napoli 1911.
- D.E. Stannard, *American Holocaust. Columbus and the Conquest of the New World*, Oxford University Press, Oxford-New York 1992; trad. it. di C. Malerba *Olocausto americano. La conquista del Nuovo Mondo*, Bollati Boringhieri,

Torino 2001.

- G. Stella, *Stato e sovranità nella dottrina pura del diritto*, Aracne, Roma 2000.
- L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1953 [1950].
- F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore*, in *Opera omnia*, voll. V e VI, Éd. Vivès, Paris 1856-1878.
- F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro I; trad. di O. De Bertolis *Trattato delle leggi e di Dio legislatore. Libro primo*, introd. di F. Todescan, CEDAM, Padova 2008.
- F. Suarez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], libro II; ed. it. *Trattato delle leggi e di Dio legislatore. Libro secondo*, a cura di O. De Bertolis e F. Todescan, introd. di J. Joblin, CEDAM, Padova 2010.
- A.E. Taylor, *The Ethical Doctrine of Hobbes*, in *«Philosophy»*, XIII (1938), pp. 406-424.
- M.L. Tarantino, *Natura umana, diritto naturale progressivo e ordine sociale: Georges Renard*, Giuffrè, Milano 2004.
- B. Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholar Press for Emory University, Atlanta 1997; trad. it. di V. Ottonelli *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, a cura di A. Melloni, il Mulino, Bologna 2002.
- B. Tierney, *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, in *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.
- F. Todescan, *Il problema del diritto naturale fra Seconda scolastica e giusnaturalismo laico secentesco. Una introduzione bibliografica*, in *'Iustus ordo' e ordine della natura*, a cura di F. Arici e F. Todescan, CEDAM, Padova 2007.
- F. Todescan, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Giuffrè, Milano 1983.
- Tommaso d'Aquino, *Summa contra Gentes*; ed. it. *Somma contro i Gentili*, UTET, Torino 1997 [1975].

- Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, testo latino dell'*editio leonina*.
- F. Traniello, *Società religiosa e società civile in Rosmini*, il Mulino, Bologna 1966.
- Unione dei Giuristi Cattolici Italiani (a cura di), *Diritto naturale vigente*, Quaderni di *«Iustitia»* 1 – Edizioni Studium, Roma 1951.
- S. Vanni Rovighi, *Elementi di filosofia*, vol. III, La Scuola, Brescia 1963
- H.B. Veatch, *Human Rights. Fact or Fancy?*, Louisiana State University Press, Baton Rouge-London 1985.
- R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino 2006.
- M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchrestien, Paris 1975; trad. it. di R. D'Ettore e F. D'Agostino *La formazione del pensiero giuridico moderno*, intr. di F. D'Agostino, Jaca Book, Milano 1985.
- M. Villey, *Laïcité, incertitude et mobilité du droit naturel*, in *Pratique du droit et conscience chrétienne*, Cerf, Paris 1962.
- M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983.
- M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, Paris 1975.
- M. Villey, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, Dalloz, Paris 1984.
- M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1962 [1957].
- F. Viola, *Totalitarismo e irrazionalismo nella teoria morale di Hobbes*, in *«Rivista internazionale di filosofia del diritto»*, IVL (1977), pp. 76-132.
- F. Viola, *Tommaso tra i contemporanei. La presenza delle dottrine tomiste nella filosofia pratica contemporanea*, in *La libertà del bene*, a cura di C. Vigna, Vita e Pensiero, Milano 1998, pp. 229-64.
- F. Viola, *Hans Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo 1974.
- F. Viola, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, CELUP, Palermo 1975.

- H. Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes*, Oxford University Press, Oxford-New York 1957.
- M. Weber, *Economia e società*, Comunità, Milano 1974.
- M. Weber, *Wissenschaft als Beruf* [inverno 1918-19], da *Wissenschaft als Beruf, Politik als Beruf*, Ernst Klett Schulbuchverlag, Stuttgart 1995; trad. it. di E. Coccia, *La scienza come professione*, presentaz. di L. Pellicani, Armando, Roma 1997.
- M. Zuckert, *Response to Brian Tierney*, in *«The Review of Politics»*, LXIV (2002), n. 3.

INDICE

INTRODUZIONE **p. 3**

PARTE PRIMA **p. 19**

Il diritto come pensiero dell'ordinamento concreto nella tradizione classica

Capitolo Primo **p. 20**

I presupposti dell'ordinamento concreto nel pensiero di Aristotele

Capitolo Secondo **p. 33**

Il diritto in Tommaso d'Aquino come pensiero dell'ordinamento concreto

PARTE SECONDA **p. 81**

Il giusnaturalismo moderno come teoria della morale

Capitolo Terzo **p. 82**

Grozio: dalla morale come diritto imperfetto al diritto come perfezione della morale

Capitolo Quarto **p. 90**

Hobbes: dal giusnaturalismo al positivismo giuridico

PARTE TERZA **p. 105**

Luigi Taparelli d'Azeglio tra pensiero classico e moderno

Capitolo Quinto **p. 106**

Le due anime di Taparelli d'Azeglio

Capitolo Sesto **p. 113**
Il diritto soggettivo
Capitolo Settimo **p. 124**
La proprietà
Capitolo Ottavo **p. 138**
L'autorità

CONCLUSIONI **p. 170**

APPENDICE **p. 181**
La questione dell'autorità tra filosofia della politica e filosofia del diritto

BIBLIOGRAFIA **p. 187**

INDICE **p. 201**

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

L'estratto (max 1000 battute) va redatto sia in lingua italiana che in lingua inglese e nella lingua straniera eventualmente indicata dal Collegio dei docenti.
L'estratto va firmato e rilegato come ultimo foglio della tesi.

Studente: Alessandro Biasini, matricola 955731
Dottorato in Filosofia
Ciclo XXV

Titolo della tesi:
Indagini sul concetto di "diritto" tra pensiero classico e moderno
Diritto soggettivo, proprietà e autorità in Luigi Taparelli d'Azeglio

Estratto:
Il presente lavoro affronta il tema del diritto nel suo rapporto tra la tradizione classica e quella moderna. Riteniamo che la tradizione classica ci proponga una concezione del diritto intesa come "concreto ordinamento". Facciamo appello ai testi di Aristotele e, soprattutto, di Tommaso d'Aquino per mettere in luce come la modernità abbia perduto tale orientamento approdando ad una concezione sostanzialmente dualistica del diritto, secondo la quale quest'ultimo è definito talora nei termini di "legge", talaltra nei termini di "diritto soggettivo". Tentiamo di ricondurre questi due ambiti nel seno della concezione unitaria del diritto ereditata dalla tradizione classica. Infine, prendiamo in esame il pensiero di Luigi Taparelli d'Azeglio: in tale Autore, che pure si ispira alla tradizione scolastica, sono presenti elementi che conducono verso una concezione moderna del diritto, in particolare sui temi del diritto soggettivo, della proprietà e dell'autorità.

Abstract:
This work is concerned with the concept of "right" considered in its relationship between the classic and the modern tradition. We think that the classic tradition supports a conception of right as a "concrete institutional order". We refer to Aristotle and particularly to Saint Thomas Aquinas in order to put into the light that the modern thought rejected this unitary conception of right for a dualistic one, according to which "right" means sometimes "law", sometimes "subjective right". We examine the thought of Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862) to show that, even in an Author that explicitly refers to the Scholastic tradition, there are many aspects that lead us to modern juridical and political thinking, in particular as we come to consider his theory of subjective rights, property and authority.

Firma dello studente