

Il rapporto tra il diritto e la morale

Paolo Savarese

Facoltà di scienze politiche, Università di Teramo

psavarese@unite.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-33

Sommario

L'autore analizza il rapporto tra il diritto e la morale nel contesto della ricerca sull'essenza del diritto. Partendo da alcune considerazioni introduttive, si individuano una difficoltà di fondo ed alcune linee tematiche. L'autore procede con l'analisi del diritto sul piano discorsivo per poi ampliare l'analisi focalizzando i concetti di forma, finalità e controversia. Nella parte finale del lavoro, egli presenta una ricerca del diritto come la ipsa res iusta riportandola sul piano epistemico nel quadro del senso classico della dialettica.

Parole chiave: *Villey, Cotta Hervada, diritto, morale.*

Abstract

The author analyzes the relationship between right and morality in the context of the research on the essence of right. Starting from certain introductory considerations, he identifies a foundational problem and then delineates from it some thematic lines of argument. He proceeds with the analysis of right on a discursive plain before turning to extend his research along the focal points of the form, finality and controversy. In the final part of the paper, he presents a line of research of the right as the ipsa res iusta by imerging this conception in the classical meaning of dialectics on an epistemological plain.

Keywords: *Villey, Cotta Hervada, right, morality.*

INDICE

1	Considerazioni introduttive	594
2	Una difficoltà di fondo ed alcune linee tematiche	597
3	Il diritto sul piano discorsivo	599
4	Forma e finalità	602
5	Forma e controversia	605
6	Ricadute dell'episteme dialettica sul diritto e sulla morale	606

7 Verso una conclusione 608
 Note 610

1 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La distinzione e il nesso tra diritto e morale è difficile da chiarire per una molteplicità di fattori, non certo ultimi le incertezze e le divergenze di opinione riguardo sia all'uno che all'altra. La loro distinzione ed il loro rapporto sono, in breve, strettamente dipendenti dal modo di accertare *l'essenza* dell'uno e dell'altra, questione ovviamente sconfinata. Il riferimento ai tre autori di questo Convegno aiuta a restringere il campo della discussione, andando a sondare delle impostazioni di pensiero convergenti negli intenti di fondo, ma notevolmente diverse quanto all'oggetto prossimo delle rispettive ricerche, al metodo ed anche a tratti non secondari dei rispettivi quadri teorici¹.

Villey è uno storico del pensiero giuridico che, frequentando la storia, matura la sua visione filosofica del diritto, o se vogliamo, un filosofo del diritto che ha capito che non può praticare la sua disciplina senza dare la dovuta profondità storica ai contenuti che elabora. Lo studio delle concezioni del diritto, dei paradigmi filosofici ad esse collegate, dà profondità diacronica alla questione del diritto e rende discutibili concezioni e pratiche del diritto altrimenti date per acquisite; ciò vale per l'identificazione tra legge e diritto, ancora dominante nel contesto francese e nel periodo in cui scrive Villey, ma che è un segnavia epistemico universale. Cotta nasce come brillante storico delle dottrine politiche, per diventare, anche per la sua collocazione universitaria, filosofo del diritto e uno dei capiscuola indiscussi della filosofia del diritto italiana. Per uscire dalle strettoie teoriche del positivismo giuridico dominante, Cotta ha tentato, per restituire dignità teorica al diritto, un non semplice recupero dei fondamenti della filosofia perenne attraverso l'adozione di metodologie di stampo fenomenologico. Il metodo, da lui stesso denominato *ontofenomenologico*, di lettura del fenomeno giuridico, unisce l'analisi del prendere forma e consistenza dell'autocoscienza umana con il dipanarsi della relazione intersoggettiva e, tra le forme di vita, di *coesistenza*, che ne seguono, riesce ad entrare in profondità nelle strutture e finalità proprie del diritto. Hervada è prevalentemente un canonista, dall'ottima preparazione filosofica di matrice tomistica, che ricerca la comprensione essenziale del diritto spinto dai problemi posti dalla pratica della *iuris prudentia*, tanto da approdare ad una dottrina del diritto naturale che è anche una maniera alternativa di impostare, su fondamenta non formalistiche o sociologiche, la teoria generale del diritto. Le affinità di fondo e di sfondo si sviluppano, dunque, in metodologie disciplinari ed epistemiche diverse, che però convergono nel fare del diritto un oggetto prima-

rio della teoresi filosofica e nel dare indicazioni importanti per distinguerlo, senza separarlo, dalla morale².

I nostri tre autori sono concordi nel mantenere fermo il radicamento nel pensiero classico, nella *philosophia perennis*, e nel combattere, sul terreno più strettamente giusfilosofico, il positivismo giuridico assiomatico ed autoreferenziale, senza per questo perdere il contatto con la *positività*. È, anzi, loro preoccupazione rileggere il diritto nella sua positività su basi più ampie della identificazione con un sistema formale strumentale ad una qualche variante del potere politico. Il diritto, nella prospettiva di fondo in cui si raccordano i tre autori, è irriducibile alla norma e ad un sistema formale ed è inconfondibile con una qualche catena di trasmissione del potere. Il diritto va ricercato e compreso, nelle sue modalità e strutture caratteristiche, nel *concreto* delle relazioni interumane ed è indissociabile dal *valore* della giustizia. Ciò già dà un'indicazione di fondo sui rapporti del diritto con la morale, perché sono preclusi i facili riduzionismi e le facili separazioni dei due campi della prassi umana; occorre esercitare la ben più sottile arte della distinzione senza separazione ed insieme senza confusione. Mentre, però, Villey ed Hervada guardano, con prismi diversi ma convergenti, all'etica Nicomachea di Aristotele ed alla lettura che ne dà S. Tommaso d'Aquino, soffermandosi sulla *ipsa res iusta* e appoggiandosi all'inscindibile nesso tra il diritto e la giustizia, tra il diritto positivo ed una normatività che, in maniera non deduttiva, lo precede e qualifica, Cotta entra nell'analisi filosofica delle forme più tipiche della relazione interumana e ritrova la regola, presa nella sua purezza, quale principio costitutivo del diritto, la cui qualificazione che la fa obbligatoria e norma propriamente giuridica sta nel suo, non semplice, legame con la giustizia. Mentre nella prima direzione la regola, pur rimanendo importante per la comprensione del diritto, ne è però come una derivata, nella seconda la regola acquisisce lo statuto di principio costitutivo del diritto stesso, pur non essendo in nessun modo né autosufficiente né esaustiva dello statuto del diritto. In ogni caso, la *positività* del diritto ne esce riletta e, anche operativamente, riqualificata, ossia riconsegnata alle mani dell'operatore giuridico come strumento di accertamento del diritto nella sua effettività. La diversa accentuazione della regola sposta anche il perno della distinzione tra diritto e morale, in quanto, mentre in Cotta la regola da una parte traversa l'intero campo della prassi umana, ma, alla fine, viene superata, anche se non esautorata, dalla carità, in Villey ed Hervada la distinzione tra diritto e morale è riconducibile alle virtù rispettivamente operanti nell'uno e nell'altro campo, la giustizia da una parte con il suo costitutivo riferimento *ad alterum*, e le virtù in cui più si rispecchia il plasmarsi della coscienza personale da una parte e si riversa la sua eccedenza sul bilanciamento della giustizia dall'altra. Peraltro, Villey e Hervada leggono in maniera diversa, quasi opposta, il legame tra diritto e giustizia, perché, mentre Villey ritiene che la giustizia sia la virtù, che guida la conseguente arte, della equilibrata ripartizione dei beni, Hervada sostiene che la ripartizione dei be-

ni, delle cose, sia presupposta alla giustizia e questa abbia il compito di attribuire e garantire a ciascuno ciò cui ha, per titolo *altrimenti* costituito, diritto. Ed è qui che si muove l'arte del giurista.

La distinzione tra diritto e morale, pur non potendo probabilmente andare oltre una lettura ipotetica e problematica, è strettamente dipendente dall'accostamento all'*essenza* del diritto. In tale avvicinamento, il pensiero di Villey, Cotta ed Hervada può dare un più che apprezzabile contributo. In questa sede non si può fare certo una comparazione esauriente delle rispettive posizioni, ma se ne possono prendere, con una certa libertà, spunti ed indicazioni. La più rilevante è, a mio avviso, la costante e convergente ricerca di ciò che caratterizza il *diritto*, ossia della sua *essenza*, di ciò cui si giunge per il tramite della, non certo ingenua, domanda: *quod quid erat esse?* tradotta *quod quid erat ius?* Tale domanda è antecedente alla consueta distinzione tra il *quid ius?* E il *quid iuris?* in quanto non dà per presupposta la distinzione tra un diritto oggetto della filosofia ed un diritto oggetto della scienza del diritto; ciò presupporrebbe già una risposta implicita alla domanda sull'*essenza* del diritto e, quindi, concluso il lavoro della ricerca filosofica, il che *non licet*. Per altro verso, quella formulazione della domanda *quid sit?* va alla ricerca dell'*essenza* in maniera non sovrapponibile alla riduzione fenomenologica del suo oggetto di studio, poiché non si arresta al configurarsi e riconfigurarsi della superficie fenomenica del reale, ma lo vuole penetrare fino alla sua intelligibilità propria, che presuppone, almeno *in itinere*, raggiungibile. La domanda sul *quid sit ius?* intesa nella linea della sua formulazione aristotelica, si traduce nella domanda sul *perché un dato fatto, comportamento, apparato e procedura regolativa, appartengano al diritto*, siano, cioè, *giuridici quoad se* e non si accontenta finché non reperisce una risposta appagante. Il che può anche non avvenire, ma la dinamica dirompente di quella domanda non si ferma certo al velo della pura e semplice attribuzione o qualificazione assiomatica di un ente, relazione o comportamento, ossia non si accontenta di una sorta di forzatura dentro una forma ridotta a puro e semplice contenitore procedurale, logico o semplicemente semantico che sia.

Tale linea di forza *realistica* della ricerca filosofica dei nostri autori, ci dà anche alcune indicazioni per decantare il rapporto del diritto con la morale. Senza, infatti, una chiave *epistemico-categoriale*, sia la distinzione del diritto dalla morale che il loro collegamento, rimangono il risultato di una statuizione assiomatica, che altro non è che la maschera di preferenze e decisioni arbitrarie ed infondate, di punti di vista incapaci per loro statuto di entrare in un'autentica controversia filosofica e, poi, anche pratica, giuridica e politica. Senza un discorso che punti a raggiungere il piano essenziale, senza per questo disseccarsi in una qualche forma di essenzialismo razionalistico, le finalità ed i modi di operare del diritto, come anche il modo in cui la morale incide nella coscienza personale e nelle sfere sociali, rimangono confusi e contraddittori. Nel campo del diritto ne consegue,

che anche la controversia giuridica diviene impossibile e la vita associata viene consegnata alla pura forza ed al puro potere o alla retorica senza verità, ossia a maschere della menzogna.

2 UNA DIFFICOLTÀ DI FONDO ED ALCUNE LINEE TEMATICHE

Trattare del rapporto tra diritto e morale incrociando i pensieri di Michel Villey, di Sergio Cotta e di Javier Hervada è tutt'altro che semplice. Nell'incrociare il loro pensiero, cercherò di muovermi negli spazi aperti dalle relazioni che mi hanno preceduto³. Da parte mia mi muoverò sul filo di un aspetto trasversale del contributo dei nostri tre autori, ossia la conduzione dei molti problemi che qui si intrecciano, sul piano dialettica intesa in senso classico, ossia dell'autentica controversia che non può fermarsi davanti alle questioni di fondo della condizione umana. Ciò sarebbe una banalità, se il contesto culturale e spirituale dominante non fosse ormai tale da censurare tale impostazione. In un quadro culturale, come quello odierno, in cui relativismo e nichilismo sono ormai dominanti, tanto da aver occupato militarmente gli spazi del dibattito pubblico, da aver quasi occultato la loro ipotesi assiomatica nella pratica delle discipline scientifiche e filosofiche, da esser stati largamente assorbiti dalla mentalità corrente, rintracciare i fili che, sia pur in autori ben identificati, collegano e distinguono diritto e morale, può essere velleitario. Lo è di meno, però, se la lettura dei nostri tre autori, può riaprire la riflessione sulla specificità del diritto e sulle vie per avvicinarvisi. Ciò contribuisce, anche oltre le loro esplicite tematizzazioni, a riproporre una riflessione sulla morale, nel suo nesso con il diritto, che non sia pregiudicata da presupposti che, in definitiva, la rendono impossibile, tanto hanno distorto o addirittura perduto il loro oggetto. In questo senso, l'imporsi, ormai spesso istituzionalizzato, del politicamente corretto distorce la scienza e l'arte del diritto fino ad asservirla ai suoi dogmi, ad appiattirla sull'immediatezza delle pretese più estemporanee ed immaginarie, fino a rivendicare anche violentemente la sua impossibilità *epistemica*⁴. I nostri tre autori hanno predisposto, con decenni di anticipo e intravedendone la marea montante, munizioni importanti per continuare a pensare il diritto e, di conseguenza, a viverlo nella sua densità assiologica ed esistenziale.

Tenterò, pertanto, mettere in luce un filo rosso che unisce le tematiche del diritto e della morale, tenendo conto della lettura dei tre autori e anche della loro specifica prospettiva nel convergere tematicamente e contenutisticamente sul problema del diritto, della sua essenza e collateralmente del suo rapporto con la morale. Non si può, infatti, trattare del diritto senza parlare della morale e viceversa, almeno finché saremo nel tempo storico; quando il tempo storico sarà chiuso, sarà chiuso anche il tempo in cui diritto e morale si pongono come problemi sia esistenziali che teoretici.

Un punto che è emerso chiarissimamente ieri in merito al pensiero dei nostri tre autori, è che la giustizia, pur in maniera diversa, è misura del diritto ed è insieme una virtù che plasma la mente ed il cuore dell'uomo. L'altro punto che ha caratterizzato i lavori di ieri, è l'inversione del rapporto, correntemente dato per scontato, tra diritto e regola. Ciò va contro le visioni e concettualizzazioni dominanti del diritto e ne capovolge il rapporto tra la componente formale ed astratta e la struttura delle condotte e delle relazioni interumane e sociali che prendono il nome di diritto. Identificare l'oggetto del diritto, a prescindere dal come lo si concepisca, è compito della scienza del diritto e, ordinariamente, questo lo fa ricercando la norma che lo qualifica. Appare inusuale, se non metodologicamente precluso, che il diritto venga ricercato e accertato partendo dai fatti che costituiscono il *commercium* interumano; eppure l'amministrazione del diritto, nel concreto, spesso costringe a tale inversione e non è da escludere che ciò sottintenda qualche buona ragione teorica. Per leggere tali ragioni, però, occorre un'inversione del paradigma giuridico e filosofico-giuridico, preponendo l'osservazione e la comprensione della realtà dei fatti umani alla loro sistemazione formale e adottando una concezione della *forma* che rompa il perimetro dei sistemi assiomatici.

Nota a margine, che l'inversione del rapporto tra diritto e legge ha anche degli aspetti e delle conseguenze psicopatologiche piuttosto gravi. Alcune statistiche rilevano, infatti, che il magistrato giudicante, almeno nei sistemi di stretta osservanza positivista, è molto più esposto alla depressione, fino al suicidio, di quanto non lo sia l'avvocato o altro operatore del diritto meno incatenato all'asse norma/decisione. Si può avanzare l'ipotesi che la soggezione alla stretta osservanza della legge che pretende di esaurire il diritto, chiedendo al magistrato di andare alla *iurisdictio* per via di pura e semplice applicazione della legge medesima, crei un disagio profondo in lui in quanto è chiamato a sostenere il peso del *giudizio*⁵. La soggezione completa alla legge dovrebbe sgravare il giudicante della responsabilità, morale e psicologica, della decisione, caricandola tutta sul sistema di potere formalizzato che la detta. A ben guardare, però, il giudicante si trova a portare il peso di un giudizio senza ragione e la stessa assenza di verità della «gabbia d'acciaio» della legge stessa e dell'apparato formale che la sorregge⁶. Nel profondo, il magistrato giudicante, che non può spogliarsi della sua umanità, sente l'ingiustizia metodologica ed epistemica della sua decisione e non riesce, a volte, a sopportarne la gravità. Questa eziologia epistemico-categoriale va approfondita, ma non può essere liquidata in termini di fragilità emotiva. Il magistrato giudicante, ridotto a pura e semplice funzione del sistema giudiziario, soffre un misconoscimento profondo, ma questo è reso estremamente acuto dall'impossibilità, meglio dal divieto imposto dalla grammatica formalistica dell'istituzione, di assumersi in prima persona la responsabilità del proprio atto, ossia qui del giudizio e di assumerselo sull'asse che lega la giustizia alla verità. Non è il peso della

decisione, sopportabile se questa viene presa in maniera ordinata, secondo presupposti e passaggi che ne rispettano ed attuano la grammatica filosofica profonda, ma la costrizione ad assumersene la responsabilità formale senza aver potuto contribuire, in coscienza, alla formazione della decisione stessa. In un certo senso, è l'insopportabile ipocrisia, menzogna dissimulata, dell'ordinamento nascosto dietro il suo ultimo passaggio *formale* a misconoscere, ossia a ferire nel profondo il magistrato giudicante. Il problema della *realtà*, sfiorato nella discussione di ieri, è il grande problema della filosofia e lo rimarrà per tutta la storia del pensiero; la filosofia dovrà sempre riprendere la domanda intorno a cosa sia la realtà, cosa sia l'essere. È anche vero, però, che dissociarsi dalla realtà per costruire un mondo totalmente immaginario, ha delle implicazioni e delle conseguenze che distruggono la società e l'uomo⁷. Ciò, in filosofia del diritto, è particolarmente chiaro, in quanto con il diritto non si ha a che fare con delle ipotesi interpretative, con le quali si può anche giocare, ma con la vita nella sua estrema concretezza e con gli altrettanto inaggraviabili problemi che in essa si pongono⁸.

3 IL DIRITTO SUL PIANO DISCORATIVO

La prova elenchica, la prova regina della dialettica classica, in tal caso si può condurre non in termini formali ma in termini esistenziali; con l'abolizione della realtà, viene a mancare l'uomo e viene a mancare non perché non sia più biologicamente o psicologicamente presente, ma perché è completamente stravolto, dissociato da una vita, la sua, che non riesce più a vivere, nella cui dimensione esistenziale non riesce più a trovare un filo conduttore⁹. La dissociazione dalla realtà, la caduta nell'immaginario e l'erezione di questo a succedaneo della realtà, elimina in radice quella che Sergio Cotta considera la fonte del diritto, ossia la vicenda esistenziale del pretendere¹⁰. Se non ho un interlocutore reale, a volte sgradevole e duro, dove e come si concretizza la vicenda esistenziale del pretendere? Questa si condensa e prende forma nel momento in cui abbiamo di fronte un altro con cui dobbiamo fare i conti e, *ipso facto*, ci si pone l'alternativa se farci i conti in termini manipolativi e violenti oppure sul piano dialogale e nella linea del riconoscimento delle sue e delle nostre ragioni, sull'asse del legame che ci lega in quanto esseri umani, a prescindere dalle differenze contingenti che ci allontanano od oppongono. Ciò ha un contraccolpo sostanziale sul costituirsi del soggetto agente, sul costituirsi della sua soggettività, che prende coscienza di sé e si plasma secondo le condizioni elementari e operative del riconoscimento secondo giustizia. Il riconoscimento in cui è immanente ed affiora un'ossatura di giuridicità propria, per quanto ancora *generica*, è un'implicazione e conseguenza strutturale del fatto che non abbiamo a che fare con una nostra immagine, con un nostro prodotto, ma con qualcuno che rivendica, in maniera non violenta od

oppositiva, il fatto che c'è e con lui possiamo e dobbiamo vivere e condividere i problemi emergenti dal nostro incontrarci¹¹.

Poter e dover vivere non potendo ignorare l'altro, *alius* prima che *alter* anche se immediatamente presente come *alter*, significa anche scoprire il profilo giuridico del mondo della relazione, del mondo del *commercium* interumano e della coesistenza. Questo aspetto è strettamente legato e filtrato dal modo in cui si intende l'*intelligenza*; parlo di intelligenza piuttosto che di ragione, perché nell'approccio ho in mente quella che per San Tommaso è la *intellectio*¹². Ora, la *intellectio* è la chiave che apre la porta del *verum* che dà, a sua volta, l'accesso al mondo, altrimenti confinato sul piano sensibile e fenomenico. La dimensione sensibile ci mette in contatto con la realtà, ma non è sufficiente per darci accesso ad essa, ci dà un contatto indispensabile, ma ancora solo *potenziale* alla realtà; quel primo contatto occorre *capirlo*, per poi procedere oltre, perlomeno fino all'atto della verifica giudiziale. Ora tutto ciò, che cosa ha a che fare con il diritto e con il diritto romano, con il diritto in Aristotele e poi con il grande sviluppo nel diritto romano classico? Il raccordo con il diritto romano classico si trova in quella che alcuni autori, in particolare Bruno Snell, chiamano la scoperta greca della mente¹³. I greci hanno scoperto la mente e ciò rappresenta un passo di *differenziazione*, quello *noetico*, decisivo nella storia dell'umanità¹⁴. In particolare, Socrate scopre gli *universali*, poi abusivamente messi fuori gioco dal nominalismo, e l'universale si scopre attraverso un processo molto sofisticato, che ha il suo perno nella domanda «ti estin;», ossia «che cos'è?». Che cos'è la virtù? chiedeva Socrate per le strade di Atene. La domanda «che cos'è?» non è sufficiente per arrivare a cogliere la «ousia», cioè l'essenza di ciò con cui abbiamo a che fare; sarà Aristotele a riformulare la domanda nell'espressione «to ti en einai;», tradotta in latino con «quod quid erat esse?», che vuol dire che cosa *era* l'*essere* della cosa che interroga la nostra intelligenza. Cos'è che fa sì che quel qualcosa sia sé stesso? Esplicitando la domanda circa il *quid*, si giunge al *perché* un qualcosa sia comprensibile, qualificabile e denominabile in un determinato modo e a quel *perché* si può dare risposta se si è afferrato il *quid*. Solo se si riesce a rispondere a questa serie di domande, la mente può trovare pace. Tale domanda, che rende possibile e richiede un profondo processo di comprensione ed appropriazione del funzionamento della propria mente, si può presumere che abbia strutturato in profondità la mente di Aristotele e tutta la sua opera. Ritengo si possa ragionevolmente presumere, salvo il verificarlo analiticamente nell'esegesi del testo, che tale domanda abbia guidato Aristotele anche nell'elaborazione del libro V dell'*Etica Nicomachea*, in cui appunto teorizza il diritto e la giustizia¹⁵. Il fascio di luce proiettato dalla differenziazione *noetica* sulla questione del diritto, guida sicuramente Aristotele nel sostenere che, da una parte del diritto non si dà episteme ma, dall'altra, nelle varie articolazioni del diritto, politico o legale e secondo natura, non possiamo non tener conto di un momento dello *ison*, dello *uguale*, sia questo

da decrittare aritmeticamente oppure geometricamente.

Da una parte sta l'osservazione della natura, cioè di che cosa fanno gli uomini quando entrano tra di loro in relazioni di scambio o di partecipazione ad un qualche organismo istituzionale, principalmente politico. Questo non possiamo immaginarlo, non possiamo progettarlo ingegneristicamente o calcolarlo matematicamente, dobbiamo andare a vedere che cosa stanno effettivamente facendo gli esseri umani nel loro *commercium*. Dall'altra parte, però, l'osservazione non è semplicemente la raccolta e la catalogazione del dato fenomenico, non è nemmeno il riordino tassonomico, che pure è momento del processo scientifico, dei dati e reperti che ci dà l'osservazione di quel *commercium*. Tutto ciò impone, all'osservatore intelligente, la domanda circa ciò con cui ha a che fare, ossia e nel nostro caso, perché tale modalità di rapporto, questo tipo di relazione integri una tipologia *giuridica* di relazione. In che modo, cioè, quel configurarsi dei rapporti interumani, costituisca un atto qualificabile come *giuridico*, come ad esempio un atto di compravendita o ad una donazione. In che modo, inoltre, colui che giunga ad una risposta affermativa, non lo faccia applicando uno schema preconstituito, ma dando soddisfazione alla domanda "to ti en einai;," che cos'è che fa sì che quel qualcosa sia un che di *giuridico*; *perché* quel determinato atto o condotta, così osservati, sono qualificabili come giuridici?

La scoperta greca della mente, questo lo dice in maniera chiara anche se con altra terminologia Villey, entra attraverso la cultura classica, in particolare l'insegnamento di Aristotele, nel mondo romano, nel mondo dei giuristi romani¹⁶. Il dono più prezioso che la scuola aristotelica fa al mondo giuridico romano è proprio la scoperta greca della mente, la differenziazione noetica. Sarà poi il genio romano a svilupparlo, nel campo giuridico, a suo modo¹⁷. Come ben noto, la mentalità romana era particolarmente orientata al *concreto*, prendendo tale termine con l'estrema cautela che impone la filosofia. Il *concreto*, infatti, è come l'essere, si sa che cos'è, ma confusamente, ed in genere si parla di concreto confondendolo con l'immediatezza del dato empirico o con una sua sistemazione parziale, che non ha nulla a che fare con il concreto adeguatamente compreso. Spesso, si richiama il concreto come sinonimo di praticità, ma proprio questa semplificazione ne fa un che di estremamente *astratto*, nel senso di quella cattiva astrazione che va sotto il nome di *astrattezza*, di separazione dall'essenziale. In tale riduttivo accostamento, il *concreto* è quanto di più astratto esista e spinge a proiettare schemi parziali su realtà concrete, su problemi concreti, creando una fallacia che impedisce di risolvere i problemi dal momento che li misconosce. Nel caso del diritto, la legge, soprattutto se ingabbiata nel sistema formale di impostazione positivista, appare quanto di più concreto, ma è solo un momento parziale, per quanto nella maggior parte dei casi indispensabile, per accertare il diritto *in concreto*¹⁸. In termini di fisica moderna ciò significa produzione di entropia, che comporta il declino verso la morte del sistema; questo è un altro punto dell'applicazione

dello strumento elenchico alle varie e insistite negazioni della realtà. Quelle negazioni, che comportano la dissociazione dell'uomo dalla realtà stessa, liberano l'entropia umana e sociale, in quanto precludono qualsiasi azione neghentropica; ora, entropia significa morte, se non ora in seguito, ma significa comunque morte. Il diritto è per sua vocazione strutturale neghentropico; per essere neghentropico deve esercitare la differenziazione noetica, cioè la domanda che trova la sua prima risposta nell'intellezione; che cosa ho davanti davvero? in che modo sto operando? qual è l'infrastruttura intelligibile del mio oggetto?

4 FORMA E FINALITÀ

A questo punto affiora un altro punto che ieri è rimasto sott'acqua e che è un po' scandaloso, anacronisticamente scandaloso nel contesto scientifico odierno, perché entra in gioco la questione della finalità e della forma, ossia di due delle quattro cause fondamentali del pensiero classico, che sembra siano state spazzate via dalle epistemologie e dalla scienza moderna e contemporanea. Esaminando le cose senza troppi pregiudizi, la questione non è così chiusa come può sembrare e ciò nemmeno nelle scienze esatte, forse nemmeno nella matematica, che è la regina delle scienze. Non posso certo nemmeno sfiorare la questione, ma nel diritto la finalità è ineliminabile, così come lo è il problema della forma. Se il diritto è, come chiarisce con forza Cotta, un'invenzione umana, ma un'invenzione non arbitraria, se è una scoperta nel campo delle condotte e delle relazioni umane, delle conseguenti realtà istituzionali, finalità e forma non possono essere espunte, senza eliminare per intero lo stesso oggetto del diritto e, pertanto, il diritto stesso¹⁹. Ora, qual è il campo in cui avviene la *inventio* da cui nasce il diritto? Cosa lo caratterizza? Quel campo è un luogo in cui gli agenti stanno cercando delle forme e forme situate nell'ambito delle realtà detta *istituzionale*, ossia forme *non immediatamente* messe a disposizione dalla natura empirica e di per sé sottratte alla percezione sensibile. Nel campo delle realtà istituzionali, il gancio a cui tutto si collega è quello della finalità; ovvero il momento in cui siamo chiamati in causa come agenti: *causa causarum est causa finalis*. In termini semplici, se io voglio fare qualcosa, ma non so dove posso e voglio arrivare e cosa devo fare per giungerci, nemmeno mi muovo o mi muovo a casaccio. In altri termini, se annullo la finalità, produco entropia.

Facendo un ulteriore piccolo passo, è possibile muoversi verso una finalità consapevolmente delineata e perseguita, senza fare i conti con il problema della forma? Sembra proprio di no, perché è come voler andare in un luogo qualsiasi, senza nemmeno porsi il problema di quale direzione prendere. Il punto, nella scoperta del diritto e nel lavoro del giurista, è centrale, perché nel commercio interumano quando vogliamo fare qualche cosa e la vogliamo fare in maniera esatta,

precisa e concludente, cerchiamo delle *forme*. Ora, la *forma* è molto vicina, nel suo concetto, alla *regola*. Se non ci si pone il problema della *forma*, non si accede al piano giuridico del comportamento e della relazione, perché andremo a cercare relazioni immediate, di brutale possesso o consumo, con le cose, mettendo altrettanto fuori gioco gli altri²⁰. In altri termini, per entrare nel *commercium* giuridico, occorre mettere a fuoco il modo, ossia la forma, secondo cui si perseguono le finalità volute, ossia occorre chiarire i nessi, che sono in larga parte raggiungibili mediante l'intelletto e non dati all'immediatezza sensibile, tra il punto di partenza e la meta desiderata. Si noti, *en passant*, che ciò è profondamente in linea con il diritto, che è oggetto di una ricerca dialettica e controversiale, vale a dire giocata sul filo del confronto delle rispettive ragioni. Emerge, come al seguito della finalità e della forma, la questione della strumentalità, della spesso misconosciuta *causa strumentale*²¹. La strumentalità nell'ambito istituzionale passa attraverso la scoperta della forma, cioè della fattispecie di quel determinato problema da risolvere nel commercio interumano e da risolvere in maniera ordinata e concludente, cioè secondo giustizia.

Ora parlare di forma in questo senso nel contesto del pensiero contemporaneo è azzardato e pericoloso, perché l'idea di forma oggi ammessa è quella del *contenitore*. Ciò nasce dal fatto che il pensiero dominante, oltre che di stampo nominalistico, è di tipo assiomatico ossia è un pensiero che ha troncato in tutto e per tutto il rapporto con i principi primi, assumendo in loro vece assiomi o postulati posti dalla volontà. Anche se a volte mascherati in termini razionalistici, gli assiomi di un qualsiasi sistema formale dipendono da un atto di posizione, dal cui sviluppo seguono le regole operative del sistema²². Il sistema che, in dipendenza e sviluppo di ciò viene costruito, è sì un sistema formale ma nel senso di un contenitore vuoto e indifferente al suo contenuto; in un contenitore siffatto, si può mettere tutto ciò che si vuole. Ciò sta a significare che il passaggio dalla forma al contenuto, dal contenente al contenuto è un passaggio puramente arbitrario, dipendente, pertanto, da una volontà cieca quanto ai suoi presupposti; l'unico limite sta nel poterlo fare o meno. Nel campo del diritto ciò significa che si dispone di un modo per *produrre* la legge, una *procedura* le cui leve stanno in mano di chi ne ha il potere. La produzione proceduralizzata della legge è apparentemente inevitabile in una società pluralistica e differenziata, ma il profilo epistemico, o forse meglio categoriale, di tale passaggio, sta a significare che nel contenitore "legge" possiamo mettere quello che vogliamo, con tutte le implicazioni e le conseguenze del caso. Quello che è stato il mio ultimo maestro di pensiero, che mi ha introdotto ad un certo livello di intelligibilità delle strutture matematiche ed alla possibilità di proiettarle in altri campi del sapere, Franco Piccari, utilizzava per questo tipo di forma una espressione molto semplice, che è quella della *forma del formaggio*. La parola "formaggio" in italiano viene da forma, non viene dalla pasta che è la forma sostanziale del formaggio, viene dal cestello, dal contenitore in cui si versa

la pasta del formaggio stesso. Ora credo che nessuno voglia mangiare la forma del formaggio ma, quando lo desidera, cercherà il formaggio; così quando cerchiamo il diritto cerchiamo l'equivalente del formaggio, non cerchiamo la forma del suo contenitore. La forma che contiene qualcosa, serve come strumento di controllo dell'entropia, il disperdersi della pasta casearia e del suo maturare, ma tutti gli strumenti di controllo dell'entropia sono destinati a fallire, sono semplicemente degli strumenti di rallentamento dello scivolamento entropico.

Al contrario, l'intellezione ha innanzitutto ad oggetto la forma, non la forma esterna o di contenimento e nemmeno il concetto, perché anche questo è un prodotto intellettuale che deriva dall'intellezione stessa e non la sostituisce. Nei vari modi di parlare dell'astrazione, si introduce spesso il salto diretto dall'intelligibile al concetto e ciò apre la porta a considerare la forma come forma del formaggio e il concetto la sua rappresentazione. L'occultamento dell'intellezione che l'accompagna, è un errore che, purtroppo, si è infilato nella concezione dell'astrazione, impoverendola fino a renderla epistemicamente quasi insignificante. Ora, anche il processo di individuazione ed elaborazione del *diritto* è un processo di astrazione che ha come suo perno l'*intellezione*. Se seguiamo l'opera della mente umana nello scandaglio del commercio interumano, troviamo che va alla ricerca della finalità che stanno perseguendo le parti in causa e la forma che stanno, più o meno compattamente, seguendo; l'opera del giurista consiste nello scoprire la più adatta ad ottenere quel determinato fine e nel plasmare la connessa strumentalità. Il movimento della ricerca del giurista è, inoltre, dialettico, nel senso classico del termine; ciò significa che il gioco delle intellezioni, il loro confronto, il loro scontro se del caso, è plurale e vive nella controversia. Ciò qualifica il diritto²³. Il grande spostamento che la dialettica controversiale opera nell'ambito del giuridico, sta nello spostamento della questione sul piano della dialettica che anima la controversia. Al contrario, la produzione procedurale del diritto, anche se si svolge in organi collegiali, non è plurale, è monologica, ed anche per questo può nascondere ma non dominare la frammentazione²⁴. È molto che chiaro che, sia pure in linguaggi e contesti diversi, questo spostamento sul piano della dialettica, è ben presente ai nostri tre autori. La controversia vive sul filo dell'intelligenza, sul filo della ragione e nel confronto delle ragioni, e non sull'asse della forza o della violenza; la controversia prima cerca di identificare il problema e quindi di risolverlo con gli strumenti del diritto. Ivi, spesso, occorre fare ricorso al terzo imparziale, disinteressato e giuridicamente competente, perché ancor prima dell'imparzialità, serve la sapienza giuridica. Quello che non fa il diritto così inteso, è tagliare il nodo gordiano con il colpo di spada di Alessandro, ossia del *dominus*; tale taglio non risolve certo il problema, la *causa*, la chiude, la decide *ad extra*. Il nodo sembra essersi sciolto, ma in realtà non si è sciolto nulla, si è soltanto affermato il nudo potere realizzantesi per mezzo di una strumentalità puramente tecnica.

5 FORMA E CONTROVERSIA

Una delle implicazioni dello stabilire il problema giuridico, cioè del come riconoscere e custodire l'ordine del commercio interumano, è quello di capire dove sta il problema, su quale asse epistemico si situi e, conseguentemente, cercarne la soluzione, arrivare alla *iuris dictio*. Il processo, formalizzato o meno giurisdizionalmente, ne è lo svolgimento dialettico. Si può prendere come esempio una questione spesso sollevata, soprattutto nell'insegnamento orale, da Sergio Cotta, ossia che il diritto è primariamente diritto privato e che anche il diritto penale lo è, contro la vulgata che lo vuole come un ramo del diritto pubblico. Ora, il diritto penale riguarda sia i rapporti diretti tra privati, sia quelli mediati dalla giustizia distributiva e quindi dall'appartenenza ad un ente sovraindividuale in cui si costituisce una qualche variante del bene comune. In nessun caso, però, il diritto penale, strutturalmente, dipende dalla volontà del normatore, del sovrano che rivendica l'esclusività dell'uso della forza; questo è solo un fenomeno secondario e derivato, in larga parte politico. Se non si scioglie questo equivoco, che qui non si può sviscerare, non si comprende nulla del diritto penale e si consegna l'ordine della società, ossia in definitiva la giustizia distributiva in funzione del bene comune, alla forma del formaggio, cioè al contenitore gestito da chi ha il potere, sia questo monocratico, diffuso o immerso nei reticoli virtuali del regno del digitale.

Contenuti e modi espressivi sono, oggi, dettati potere del politicamente corretto, i cui assiomi genetici sono molto vicini a quelli della rete digitale e del suo funzionamento. Questa cappa ormai vieta di pensare in nome di un ugualitarismo che ha rotto ogni perimetro, che ha rotto i confini in direzione di quello che per gli antichi greci era l'*apeiron*. Dietro le sue pretese di rispetto generalizzato delle differenze, però, il politicamente corretto è strutturalmente violento. Poiché lo sviluppo degli assiomi e delle dinamiche interne del politicamente corretto conducono la società e i singoli nella condizione della completa afasia, ossia del non poter più parlare, il diritto, inteso come pratica della controversia ed esercizio della dialettica, diviene impossibile. La modalità dialettico-controverbiale di affrontare i problemi viene silenziata, pur dietro il marasma di parole vuote che circolano nei sistemi di comunicazione e nelle stesse relazioni intersoggettive dirette, alterando strutturalmente il paradigma giuridico. Non è un caso che anche i grandi dogmi del positivismo giuridico, pensiamo ad esempio alla certezza del diritto ed a tutti i principi di civiltà giuridica che sono ad esso collegati, si sono ormai sfaldati e sono sempre più respinti nell'ineffettività²⁵. Anche la morale, così, diviene la semplice registrazione dei punti di vista pseudoassiologici e l'intera sfera pratica viene consegnata alla *doxa*, ossia all'opinione, che altro non è che l'anticamera della menzogna sistemica e generalizzata. In altri termini, tutto diviene possibile e nessun atteggiamento o comportamento umano può trovare una qualsiasi misura o un qualsiasi limite che non siano immaginari e pertanto

tracciati da quanto residua del soggetto agente nella sua spontaneità.

L'eliminazione dei presupposti del trattamento dialettico dei problemi giuridici va ben aldilà della polemica sul normativismo e sull'impossibilità di ridurre il diritto a norma, il giuridico alla *validità*, in quanto coinvolge paradigmi e fondamenti della civiltà giuridica. La riduzione della forma a contenitore, fa del diritto una gabbia d'acciaio in cui il vivere è predeterminato, sia pure secondo una pluralità indefinita di movimenti casuali, dai protocolli e dagli snodi del linguaggio binario. Il digitale inteso in termini riduttivi, non accende il processo di emersione e plasmazione della coscienza di sé che sgorga ed informa il processo di confronto delle pretese e di ricerca di una soluzione accettabile, in linea di principio, per tutte le parti in causa, a prescindere dall'esito contenutistico della *iuris dictio* che pone termine al confronto stesso ed al processo dialettico che ne consegue. Probabilmente la digitalizzazione del processo negoziale e controversiale, riduce l'uomo sul piano prettamente tecnico ed appropriativo, deformando il mondo giuridico e sprofondando l'uomo nell'alienazione più insidiosa perché a prova di confini fisici od anche psicologici. Il *commercium* interumano digitalizzato perde ogni connotazione dialettica e residua come una tomba virtuale della controversia²⁶.

6 RICADUTE DELL'EPISTEME DIALETTICA SUL DIRITTO E SULLA MORALE

La ricerca della *ipsa res iusta*, immergendola nella dialettica in senso classico, la porta sul piano epistemico²⁷, cioè del primato della *forma* discendente dalla finalità che guida lo scambio interumano e può, così, riconoscerne l'intelligibilità e dividerne la ricerca proprio nel medio dello scontro discorsivo delle ipotesi interpretative che cercano di portare alla luce l'intelligibilità dell'*oggetto di causa*. Il primato della dialettica in senso classico, che è tutt'altra cosa rispetto alla dialettica di tipo hegeliano, significa la rottura e la liberazione dall'immediatezza sia istintiva che funzionale. Quando si rende funzionale l'apparato giuridico all'autodeterminazione assunta a parametro primo e inquestionabile del diritto stesso, si lega l'intero diritto alla confusione tra diritto e rivendicazione, e si spegne il diritto, infrastruttura della convivenza civile e politica, ma prima di tutto forma di vita personale, in un angolo buio in cui la *scoperta greca della mente* e la dialettica controversiale vengono negate metodologicamente e geneticamente. La rivendicazione avanzata in ambito pubblico, ossia in un *tra* comunicativo, si conforma al tipo simbolizzato dal famoso gesto di Kruscëv che sbatte le scarpe sul tavolo dell'Onu; a quel punto, all'apparato giuridico rimane solo il vagliare se la scarpa sbattuta sul tavolo possa entrare o meno nel *contenitore* normativo.

Tale linea di distorsione del paradigma giuridico, però, rinchioda ancora di più l'essere umano in una immediatezza che è una forma di cecità e di non vita

e quindi è una schiavitù. Nelle relazioni interumane e nella ricerca delle forme atte a tradurre coerentemente le finalità del commercio interumano, tale paradigma produce violenza strutturale. Sul piano della filosofia politica, il diritto diventa strumento di controllo e viene ridotto a diritto amministrativo ed anello di congiunzione con varie espressioni di totalitarismo²⁸. In chiave cristiana, un tale mondo, dominato dalla menzogna che pone nel silenzio la possibilità stessa della controversia di matrice dialettica, è un mondo schiavo del peccato.

Il primato della dialettica, della ricerca *ipsa res iusta* mediante il confronto controversiale, rende possibile la comprensione del diritto come forma di vita, ossia come forma coesistenziale e forma non sovrapposta alla stessa personalità umana. Capire che il diritto è una forma di vita, che ha un senso intrinseco per l'uomo, che ha una sua bontà e bellezza intrinseca, è l'anello di congiunzione del diritto con la morale e con l'intero processo di costituzione della coscienza di sé. Chi pratica, ad esempio nella vita civile, il diritto nel suo senso di *ipsa res iusta*, di equilibrio e di rispetto, di ricerca delle ragioni di tutte le parti in causa attraverso l'equilibrata sistemazione dell'oggetto in causa, sa che la ricerca e la pratica del diritto dà, a suo modo, gioia, una gioia particolare, e ha la sua bellezza, bellezza che nasce dal comprendere in maniera più o meno differenziata e riflessa il fatto che abbiamo fatto le cose per bene, nella maniera giusta. Sono la gioia e la bellezza della maturazione dell'umanità in noi, sia come individui che come comunità civile e politica. Questa è anche una forma di remunerazione immanente al far le cose bene, scoprendo e seguendo la loro direzione ed il loro senso.

Andando oltre il diritto, entrando nell'area della morale che oltrepassa la giustizia, area su cui Cotta riflette parlando della *carità* e, trattando del rapporto tra giustizia e carità, afferma che anche la carità è dovuta, è un obbligo, un obbligo non giuridicizzabile, ma che sta dentro quel processo di autocoscienza profonda che ci consente di vivere nella storia con gli altri. L'idea viene dal Vangelo, ha un posto importante nel pensiero di Sant'Agostino, tornerà nella *Spe salvi* di Benedetto XVI. Nel problema del nesso tra diritto e morale, l'obbligo di amare, di amare oblativamente, costituisce il tessuto connettivo, il ponte con la giustizia, nucleo del diritto, ciò che rende comparabili e insieme distinti diritto e morale. Se non ci fosse l'obbligatorietà dell'amore per l'altro, che nel Vangelo è amore del prossimo, anche se è nemico, morale e diritto non potrebbero comunicare, il diritto rinchiuso nelle forme della giustizia e la morale dispersa nel sogno oblativo. Inoltre, se l'amore oblativo del *prossimo*, non dell'altro generico, è già difficile e scandaloso, in quanto il prossimo è, spesso, tutt'altro che amabile, l'amore per il nemico rompe ogni misura, pone la relazione fuori dal confronto dialettico.

L'indisponibilità dell'altro ad instaurare un confronto dialettico-controversiale chiama in causa il terzo imparziale, disinteressato e dotato di specifica autorità e competenza nel caso del diritto, della controversia giuridica; sta al terzo giungere alla *iusdictio*, mantenendo la relazione sul piano epistemico dialettico. Nel caso

di relazioni in cui il diritto non può entrare *direttamente*, relazioni governate da altri principi e virtù morali che non la giustizia particolare, l'aggressione da parte altrui o il suo rifiuto del piano relazionale e discorsivo, ha come risposta oblativa la disponibilità al sacrificio. Questa conduce il singolo al senso più profondo della sua stessa umanità ed è, insieme, segnata senza il quale lo stesso diritto rischia di perdere il suo significato di forma di vita. Cotta, riprendendo quanto detto poco sopra, sfiora il punto richiamando che la carità è anch'essa dovuta; sia Villey che Hervada, adottando come chiave di lettura gli oggetti propri delle varie *virtù*, sottolineano che alcune di queste vanno al di là e hanno un oggetto diverso dalla giustizia, sia nel dare un ordine allo strutturarsi della mente o della personalità dell'agente, che danno forma all'azione ed al suo oggetto²⁹.

Insomma, ancora una volta le relazioni interumane e le molte dimensioni della vita umana che possono entrare in conflitto, possono trovare un terreno comune, profondo e non artificioso, di confronto sul piano epistemico e metodologico della dialettica classica. Sul suo piano diritto e morale comunicano senza confondersi ed in essa il vivere secondo retta ragione si mostra come legame infrangibile tra gli uomini e come la chiave decisiva, seppur non da sola sufficiente, dell'intera vita umana.

7 VERSO UNA CONCLUSIONE

Tentando qualche riga di bilancio, in cosa ci arricchisce il confronto tra i pensieri di Cotta, Hervada e Villey intorno allo sfuggente problema dei nessi tra diritto e morale? Non si tratta tanto di fare una lettura comparativa dei tre, quanto di metterne in luce alcune convergenze di fondo. Tutti si situano in un paradigma giuridico non positivistico e non normativistico. Basti menzionare il modo, pur non sempre uniforme, di pensare il rapporto del diritto con la giustizia, la sottolineatura dell'impossibilità di identificare il diritto con il sistema assiomatico, della non riducibilità alla regola in generale (Hervada e Villey) o ad una regola semplicemente posta e positivizzata (Cotta). Basti richiamare il comune dichiarato inserirsi nel solco della *philosophia perennis*. Nel caso dei rapporti del diritto con la morale ciò significa che non recidono il filo profondo che li collega. Linea che accomuna Cotta, Villey ed Hervada è l'aver compreso che la divaricazione fino alla separazione del diritto dalla morale, tipica del paradigma giuridico dominante, dipende dal profondo misconoscimento della natura sia del diritto che della morale. Per ricucire lo strappo, occorre riconoscere che il diritto non è una forma vuota, riempibile a piacimento da chi ne detiene le chiavi. Tale presupposto indispensabile per andare alla ricerca della specificità del diritto, della sua essenza, del suo *quod quid erat esse (iuris et iurisprudentiae)*? racchiude anche il legame profondo tra diritto e morale. Sarà compito della riflessione filosofica

chiarire cosa li unisce e in cosa si distinguono, ma è la riapertura del piano dell'indagine epistemico-categoriale a rendere possibile quella ricerca. In questa a) il rinvio costitutivo alla giustizia è ineliminabile, altrimenti rimaniamo in una forma sovrapposta, perimetrale, e conseguentemente, in una forma senza finalità propria; b) quell'essenza presuppone che la realtà del *commercium* interumano abbia consistenza e senso a prescindere dalle attribuzioni umane e sia conoscibile oltre il velo del fenomenico; c) che quello specifico vada letto in continuità con le finalità del diritto, che vive nel *commercium* interumano ed in esso è riconoscibile. Insomma, il diritto non viene creato a tavolino a partire dal punto di vista del legislatore contingente. Il diritto ha la sua moralità specifica, per quanto non necessariamente facile da identificare e tantomeno da vivere, mentre la morale ha una strutturazione, sul piano categoriale, non dissonante da quella del diritto. Corollario di ciò è che la formalizzazione assiomatica non solo non coglie il suo oggetto, riducendolo a puro *nomen*, ma innesca una dialettica divergente e nichilistica che annienta sia il diritto che la morale e con esse e prima di esse l'uomo.

In definitiva il metodo realista classico ci spinge a rivedere totalmente il punto di partenza della riflessione sulla differenza ed il nesso tra morale ed il diritto. Non si tratta di moralizzare il diritto o di giuridicizzare la morale, non si tratta di porre un modello omnicomprensivo dell'attività pratica e ritagliarne delle regioni, siano queste ontologie regionali o specificazioni di concetti più generali, ma e innanzitutto si tratta di osservare e cercare di capire cosa fanno gli uomini quando, nel loro *commercium*, compare il diritto. Questa lezione, la lezione della realtà esperienziale, ci dirà che il diritto, *factum* e non la sua vernice fenomenica, racchiude in sé la sua regola, o meglio la sua *forma* ed il suo *fine* e che questi ne disegnano la *strumentalità*, ossia il momento tecnico. Il compito del giurista consiste nello scoprire tale ordito, nel trarlo alla luce e ad una corretta operatività, con un complesso e affascinante processo di dispiegamento, dialettico nel senso di controversiale e non gnosticeggiante, delle nostre capacità intellettive e sapienziali. Ciò sposterà o meglio, tratterrà e consoliderà lo svolgersi del diritto nel *medio* della *controversia*, come controversia e lo farà mediante una dialettica giuridica che altro non è che la tecnica dell'*elencos* fatta vivere, resa operativa e viva, nel confronto delle posizioni *in causa*, nel processo, ma prima e più originariamente, in quella che, con Cotta, si può denominare *vicenda esistenziale del pretendere*. È qui che si tratta di scoprire il *suum* di ciascuno e di attribuirlo o di restaurarne la pertinenza ed appartenenza. Ripeto, ciò libera la riflessione sul diritto dal letto di Procuste, che ne fa una sottospecie di morale o, in ambiente secolarizzato, fa di questa un sottoprodotto, una *derivata* del diritto posto dal sovrano. Grande tentazione, questa, che inficia tutta una visione del mondo sociale e giuridico che, in mancanza di una visione dell'uomo e della sua libertà nel suo legame vivo con una comprensione di un ordine da coltivare e custodire,

capovolge la realtà *pratica* in una derivata della regola, della regola formalizzata ed assiomaticamente posta, oltre che governata dal puro e semplice potere. Oggi tutto è in subbuglio nella tempesta digitale che investe il mondo, ma i termini fondamentali del problema non si spostano più di tanto.

Qual è, allora, il posto della morale? Quello che ci dicono, mi sembra, i tre autori, è che la morale, una volta enucleato il *proprium* del diritto, non stia in un altro mondo, ma vada indagata in altro modo, altro metodo, altri orizzonti. Tutti, però, insegnano che il legame che tra diritto e morale, che non può essere annientato pena l'abisso del nichilismo antropologico o tecnocratico, va ricercato non in un *affrontement* binario, quasi nel litigarsi lo stesso spazio della vita pratica e socio/relazionale, ma su di un piano più profondo ed ampio. È qui che, alla fine, Cotta fonda l'obbligatorietà delle norme nel rispetto *assoluto* dell'innocente ed è qui che Hervada riconduce il diritto alla persona umana ed alla sua densità ed intensità d'essere, intensità d'essere che la fa *compos sui* e capace di avere e rivendicare un *suum* diverso da quello attribuibile a cose ed animali, un *suum* accertabile mediante l'atto di *giurisdizione*. Lo stesso Villey, protestando contro la riduzione del diritto ad una conclusione deduttiva della morale o di una costruzione ordinamentale, richiamando la funzione del diritto di assicurare la giusta ripartizione dei *beni*, ossia delle cose, degli *enti* appropriabili o spettanti all'uomo, ci porta a pensare alla morale come ad un campo di ricerca e di vita autonomo rispetto al diritto.

Il diritto, nella sua impostazione classica, racchiude in sé la sua *eticità*, e questo ben prima rispetto a Hegel e ben oltre, perché costituisce un livello d'ordine e di custodia della vita umana del tutto intrascendibile lungo il dispiegarsi della storia umana. Il trascendimento del diritto si può avere, ma in maniera molto parziale, in questo tempo storico, riaprendo la finestra del soprannaturale, che in morale significa l'insegnamento, sconvolgente quanto intransigente, del Discorso della montagna ed il collegato precetto di amare come se stessi anche il proprio nemico. Alla fine dei tempi, comunque vadano le cose, del diritto e della morale non avremo più bisogno. Ma, finché stiamo nel tempo, per bene vivere e per ben costruire e governare la società, non serve il diritto assiomatico, magari appesantito da velleità moralistiche, ma la capacità di vivere secondo i principi elementari del diritto: dare a ciascuno il suo e non volere di più; e di dirlo in maniera precisa e autoritativa, di accedere cioè alla scienza che è arte del diritto ed alla possibilità di celebrarlo in sede giurisdizionale. Insieme, però, il diritto non può assicurare il suo scopo primario, se i protagonisti del *commercium* interumano e con essi i giureconsulti, non sono decisi con fermezza a riconoscere le ragioni del diritto. Ciò, ancora una volta, rimanda ad una virtù che l'uomo, da solo, non può darsi, perché quando il diritto fallisce, solo la disponibilità personale al sacrificio può mantenere aperta la storia umana.

NOTE

1. In questo lavoro prendo come riferimento principalmente solo alcuni testi, spero ben scelti e comunque rappresentativi, del loro pensiero. M. Villey (1914-1988), *La formazione del pensiero giuridico moderno*, intr. di F. D'Agostino, tr. di R. D'Ettorre, Jaca Book, Milano 1985 (orig. 1975); *Seize essais de philosophie de droit. Dont un su la crise universitaire*, Dalloz, Paris 1969; *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, Paris 1976. S. Cotta (1990/2007), *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontologia fenomenologica giuridica*, Giuffrè, Milano 1991², *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Japadre, L'Aquila 1978; *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981; *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rusconi, Milano 1989. J. Hervada (1934-); *Che cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, a cura di J. Sanchez Cobos e F. Marti, Edusc, Roma 2013; *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990; *Lecciones propédeuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona 1992.
2. Il quadro di riferimento teoretico di Villey ed Hervada è, a parte l'aspetto metodologico delle rispettive ricerche, più affine, in quanto entrambi tentano una rilettura del pensiero di San Tommaso e ciò a prescindere dalle letture che sono state date dell'opera dell'Aquinate e dai diversi modi di accostamento che ammette e richiede. Cotta si muove in un quadro diverso, meno debitore di un singolo autore e fortemente legato a Sant'Agostino. Sulle affinità tra i primi due cfr. P. Popović, *The Juridical Domain of Natural Law. A View from Michel Villey's and Javier Hervada's Juridical Realism within the Context of Contemporary Juridico-Philosophical Perspectives on the "Law-Morality" Intersection*, Edusc, Roma 2019.
3. Le relazioni che hanno preceduto la mia, hanno largamente introdotto ed illustrato sia le personalità che il pensiero di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada. Per non ripetere, in maniera sicuramente più approssimativa, quanto detto da chi mi ha autorevolmente preceduto, dedicherò le mie riflessioni a profili trasversali del loro pensiero, con lo scopo di chiarire alcune linee del difficile rapporto tra morale e diritto.
4. Per un'introduzione, con la sensibilità dello storico contemporaneista, al politicamente corretto, in cui temi morali e giuridici sono costantemente presenti, cfr. E. Capozzi, *Il politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Marsilio, Padova 2018.
5. Classico in questo senso il romanzo del grande processualista Salvatore Satta. Cfr. S. Satta, *Il giorno del giudizio*, Il Maestrale, Nuoro 2005.
6. La insistita teorizzazione della questione trova, non a caso, un momento di sintesi da parte di un giurista dichiaratamente alfiere del nichilismo giuridico come Natalino Irti. Cfr. N. Irti, *Il diritto senza verità*, Laterza, Bari 2011. Non è nemmeno un caso che uno dei teorizzatori della dissociazione del diritto dalla verità, ossia Uberto Scarpelli, estenda detta dissociazione all'etica. Cfr. U. Scarpelli, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna 1982. Tali risvolti del positivismo giuridico giungono a maturazione, se così si può dire, nel diritto impossibile proprio dell'odierna proclamata epoca della *post-verità*. Di fronte a ciò, i nostri tre Autori rivendicano la loro, tragicamente inattuale, attualità.
7. L'affermazione per cui la realtà non sarebbe altro che la sua interpretazione o la sommatoria delle sue interpretazioni, è, seppur oggi dilagante, del tutto insostenibile. È,

innanzitutto, semplicemente indimostrabile. In quanto ciò presuppone un punto di appoggio adeguato, che può essere solo la realtà stessa e la sua conoscibilità; l'affermazione che la realtà sia interpretazione è, pertanto, tecnicamente assurda, ossia autocontraddittoria. Per struttura implica che ciò che chiamiamo *realtà* sia il risultato di un atto interpretativo che, non potendo partire e fondarsi sulla realtà, può basarsi solo sul nulla; *tertium non datur*. Di conseguenza, quell'affermazione non può nascondere il suo poggiarsi sul nulla ed è costretta a capovolgere la realtà stessa in *apparenza*. Apparenza qui non va intesa come una forma di manifestazione, magari imperfetta e deformata, del reale, bensì come prendere corpo e visibilità del nulla. Insomma, abbiamo una realtà fatta di nulla! Il reale sarebbe l'automediazione del nulla. Ora, l'apparenza come tessuto interpretativo del nulla non è un semplice errore, è un errore stratificato che intende *sostituirsi* alla realtà nella sua verità: ciò non è altro che *menzogna*. Anche questa, però, non può produrre la realtà, ma solo tentare di cancellarla, dovendo necessariamente, al fondo, presupporla, sia pur per alterarla, negarla. Il problema chiaramente non è primariamente etico, bensì epistemico e categoriale. Sulla questione, la confutazione, per via di un magnifico *elenchos*, dello scetticismo di Aristotele (*Metafisica*, L. IV, 4) sarebbe di per sé definitiva. Se viene ordinariamente ignorata, tale confutazione, è perché il problema non può essere nemmeno impostato se non si tiene conto del paradigma teologico che la negazione della realtà, per via del mascheramento ermeneutico, sottintende. Che la realtà sia il manifestarsi, l'apparire appunto, di un processo teogonico che da nulla originario parte ed al nulla finale ritorna, è il cuore dello gnosticismo. La versione *ermeneutica* di questo paradigma pone al centro del processo teogonico un processo antropogonico. Su tali presupposti, sia il diritto che la morale scompaiono si alterano completamente e divengono l'apparire di un frammento, se così si può dire rimanendo nel gioco linguistico del nulla, del nulla. Chi rimane abbagliato dalla menzogna che capovolge la realtà nella sua interpretazione, rendendo incomprensibili non solo il reale in generale ma tutti i fenomeni propriamente umani e consegnandoli alla disgregazione, non può ignorare tale scenario né liquidare sbrigativamente la riflessione e la discussione, da condurre sul piano confutatorio, di ciò che ritiene di affermare.

8. Sull'inconciliabilità tra menzogna e diritto, radicata nella struttura epistemico-categoriale della menzogna che inverte il rapporto tra realtà e la sua proiezione immaginaria, mi permetto di rinviare a P. Savarese, *Dalla bugia alla menzogna. La post-verità e l'impossibilità del diritto*, Nomos, 2018, n.2, pp. 1-21.
9. Approfondisco l'analisi categoriale di tale capovolgimento in P. Savarese, *Immaginario, Utopia e Menzogna. La filigrana categoriale della violenza totalitaria*, in AA.VV., *Il comunismo nella storia europea del XX Secolo*, Nuova Cultura, Roma 2017, pp. 271-286, cui mi permetto di rinviare. Il totalitarismo è la veste politica dell'inversione e negazione del senso del diritto. Con termini ed argomenti diversi, è questo uno dei temi di fondo di Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit.
10. Si vedano le magistrali analisi in proposito di Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 41 ss. È il capitolo dedicato a *Il sorgere del diritto nella coscienza*.
11. Per il reperimento di una *giuridicità generica* in tutte le modalità di incontro con gli altri e di articolazione della società cfr. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 161 ss.
12. Per l'interpretazione della *intellectio* cui faccio riferimento cfr. B. Lonergan, *Verbum. Word and Idea in Aquinas*, Collected Works of Bernard Lonergan, vol.2, University of

- Toronto Press, Toronto 1997; Id., *Insight. A Study of Human Understandig*, Collected Works of Bernard Lonergan, vol.3, University of Toronto Press, Toronto 1992.
13. B. Snell, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, trad. di V. Degli Alberti e A. Marietti Solmi Torino, Einaudi, 2002 (prima ed. 1946).
 14. Prendo l'idea ed il termine di *differenziazione* in accezione voegeliniana. Cfr. E. Voegelin, *La nuova scienza politica*, a cura di R. Pavetto, Borla, Roma 1999 (orig. 1952).
 15. Il Libro V dell'*Etica nicomachea* è, insieme alle *Quaestiones LVII-LX (de iustitia et de iure)*, della II^a-II^{ae} della *Summa theologica*, il riferimento teoretico chiave sia di Villey che di Hervada. Per il primo cfr *Aristotele, Etica nicomachea*, testo greco a fronte, a cura di M. Zanatta, Biblioteca universale Rizzoli, Milano 2001⁹. Per il testo di San Tommaso cfr. <http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html>.
 16. Cfr. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 15-64.
 17. Il punto è controverso tra i romanisti, in quanto per alcuni i giuristi romani classici hanno semplicemente ripreso l'impostazione greca e l'hanno applicata al loro oggetto, mentre per altri si tratta di un innesto che feconda un atteggiamento già caratteristico della mentalità romana. Oltre alla *Scienza nuova* di Vico, si può vedere, per un avvicinamento alla questione, P. De Franceschi, *Spirito della civiltà romana*, Principato, Messina 1940.
 18. Il punto, chiaramente enunciato sia da Aristotele che da San Tommaso nei testi citati, è approfondito da Hervada nella sua *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., (in part. alle pp. 100 ss, 165 ss, 175 ss.).
 19. Cfr. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, cit., p. 189 ss.
 20. La funzione della regola nel diritto è decisiva, sia che la si consideri, come Cotta, suo principio costitutivo, sia che la si ponga, piuttosto, in posizione derivata, come nella posizione più vicina al diritto romano classico seguita da Villey ed Hervada.
 21. "... *causa strumentale* (a differenza della *causa principale*, che produce un effetto per virtù propria e proporzionata alla sua natura), causa la cui virtù propria e naturale viene adoperata dalla causalità efficiente di un altro agente, risultandone un effetto che essa non potrebbe produrre di per sé...", <http://www.treccani.it/vocabolario/strumentale/>
 22. Per come tale schema abbia svolto un ruolo decisivo nel pensiero giuridico moderno, in particolare a partire da Grozio, cfr. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 509 ss.
 23. In questo senso cfr. Villey, *Épilogue en queue de poisson. L'Université et le droit naturel classique*, *Seize Essais*, cit., pp. 358-362.
 24. Per un avvio della riflessione sul problema della frammentazione del diritto odierno, cfr. A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, a cura di X. Rodriguez B., Bruno Mondadori, Milano 2006.
 25. Classico sulla questione della *certezza* del diritto è F. López De Oñate, *La certezza del diritto*, Tipografia Consorzio nazionale, Roma 1942.
 26. D'altra parte, in latino, *tomba* si dice *monumentum*.
 27. Seguendo Aristotele, del diritto non si dà episteme, punto che Villey piega nel senso che al diritto si dà un approccio epistemicamente asintotico. La nozione di *asintoto* è forse da approfondire nel senso del *limite* del calcolo differenziale e bisognerebbe approfondire la nozione, non usata dalla matematica ma indispensabile al suo pieno sviluppo, di *termine*. Nozione, questa, ben nota alla teoria aristotelica del moto.

In matematica ci condurrebbe al significato intrinseco dello *zero* e questo potrebbe poi ripercuotersi nell'interpretazione del diritto ed anche nella pratica, ma ordinata, conduzione, della controversia giuridica. La questione eccede chiaramente la portata di queste pagine, ma non è, a mio avviso, in dissonanza con il fondo del pensiero dei nostri tre autori.

28. Ho l'impressione, da non specialista del campo specifico, che tale problema di deformazione della positività giuridica, con le sue implicazioni e conseguenze, si ponga anche nel diritto canonico.
29. Sul punto cfr. Hervada, *Cos'è il diritto?* cit., pp. 93-100. Villey, *Morale et droit*, in *Seize essais de philosophie du droit*, cit, pp. 107-120.

© 2019 Paolo Savarese & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](#).

[Testo completo della licenza](#)