

**UNA "GIUSTA AUTONOMIA" PER IL  
"GOVERNO DI UOMINI LIBERI E UGUALI".  
LA LEGGE COME CAUSA ESEMPLARE DELL'ATTO UMANO.\***

di  
**Gonzalo Letelier Widow**  
(Università di Padova)

**abstract**

*The nature of the law is one of the main problems of juridical philosophy. Within the problem of law, the key is how to explain that an external command turns into an internal principle of action. Modern philosophy has given two great opposite lines of answers: law is external constriction, reducing law to force; or else, law is a decision of a will that has been artificially identified with the will of the State. Both answers have proved to be insufficient.*

*The thesis of this paper is that the answer of a classical realistic philosophy consists in a voluntary identity of the practical reason of the prince and that of the citizen, founded on a common love to a common good (the aristotelic homonoia or political friendship), made possible by the participation of the political imperium of the prince in the individual imperium of the citizen. This means that the law is the model, Idea or exemplar cause of the order of justice in all its levels, and that the virtue of individuals is a product of their "just autonomy".*

Uno dei problemi centrali del Diritto è quello della natura e degli effetti della legge. Cos'è la legge, qual è il suo rapporto con il Diritto e perché obbliga sono questioni che una teoria del diritto, qualunque sia la sua tendenza filosofica, non può non affrontare.

Anche se fosse solo per negarlo, il problema è inevitabile.

In generale, la questione della natura e del fondamento della legge positiva si è posta a partire dal problema dell'obbligo giuridico: perché e in che modo la legge è obbligatoria? Così, per spiegare l'efficacia della legge, si ricorre ad un qualcosa di anteriore alla legge stessa: al suo rapporto con quello che è considerato la fonte di ogni obbligo. In questo modo, il problema della legge diventa un capitolo dell'etica.

Quest'impostazione è particolarmente visibile negli autori tomisti, i quali solitamente studiano la legge umana a partire dalla legge naturale, e questa a partire dalla legge eterna, come fece lo stesso San Tommaso.

Non è in assoluto mia intenzione criticare questa prospettiva. Il suo valore è attestato dalla qualità e varietà dei suoi risultati scientifici. Vorrei semplicemente notare che quando Tommaso d'Aquino scrisse il suo trattato della legge non voleva studiare le cause del diritto né l'esperienza giuridica, oggetto proprio di ciò che oggi chiamiamo "filosofia del diritto". La prova sta nel fatto che appunto il *proprium* della legge umana, che consiste nel determinare ciò che la legge naturale lascia indeterminato, viene trattato molto brevemente ed in funzione di un problema diverso<sup>1</sup>. È naturale: il trattato della legge fa parte della sezione dedicata alla teologia morale all'interno di una *Summa* di

\* Il presente saggio fa parte di una ricerca sul problema della comunicazione ed efficacia del comando giuridico, nel contesto del mio dottorato di ricerca in Giurisprudenza all'Università di Padova. Tanto per l'impostazione generale come per le tesi centrali, sono debitore dell'insegnamento e la guida dei professori Francesco GENTILE e Félix Adolfo LAMAS. A loro il credito di quanto ci sia di buono in queste riflessioni.

<sup>1</sup> *Summa Theologiae* I-II, q.91, a.3 ("*utrum sit aliqua lex humana*"); q.95, a.2 ("*utrum omnis lex humanitus posita a lege naturale derivetur*"). La prospettiva di questi passi, pur se rilevante per la scienza giuridica, è strettamente morale.

teologia. Il medesimo principio vale anche per la *quaestio* unica sul diritto, che fa parte di un trattato sulla virtù della giustizia<sup>2</sup>.

Anche se per la filosofia del diritto è molto proficuo approfondire la nozione tomasiana di legge, è chiaro che il suo oggetto formale non è propriamente giuridico. È necessario fare filosofia del diritto tomistica, nella consapevolezza però che essa non è la filosofia del diritto di San Tommaso, la quale, se esiste in assoluto, non è stata specificamente sviluppata in nessuna parte della sua opera, e deve essere letta tra le righe, partendo da una considerazione globale di tutta la sua filosofia.

Il problema meriterebbe una discussione approfondita che non si può svolgere in questa sede. Ma, in ogni caso, non sembra controvertibile la constatazione del fatto che il trattato della legge della *Summa* di Teologia, vero canone dell'impostazione tradizionale del problema, non contiene una teoria tomistica del diritto positivo in quanto tale.

In questo contesto, sembra possibile ed auspicabile presentare il problema della legge positiva da una prospettiva diversa, che ritengo più propria della filosofia del diritto. Questa prospettiva non considera la legge positiva in primo luogo partendo dai suoi superiori (legge eterna e legge naturale), ma come un fatto d'esperienza, e assume la sua obbligatorietà come un principio ricevuto, che non spetta spiegare alla filosofia del diritto se non in quanto essa stessa è Metafisica. Perché il problema dell'obbligo è metafisico, non giuridico; è proprio ciò che rende impossibile prescindere dalla metafisica nell'ordine della filosofia pratica<sup>3</sup>.

## II

Non sembra che ci sia autore degno di menzione che non concepisca la legge come qualcosa che intende modificare la condotta di qualcuno, sia perché la dirige realmente oppure perché la qualifica in un certo modo. Per questa ragione, la definizione nominale di legge proposta da San Tommaso è ancora vigente ed è comunissima: la parola "legge" designa "una certa regola e misura degli atti, che inclina verso l'azione o allontana da essa"<sup>4</sup>.

Da questa prospettiva, il problema fondamentale della legge è il seguente: come può un giudizio esterno all'uomo modificare i suoi atti? La questione si presenta anche per le dottrine deterministiche, che negano la libertà, perché anche se si riduce il comportamento umano a quello di una bestia, è impossibile negare che il principio dei movimenti dell'uomo è sempre interno all'uomo. È indifferente se questo accade per impulsi animali o per libera scelta; la cosa importante è che l'uomo solo agisce da se stesso.

Per modificare la sua condotta dal di fuori, allora, è necessario modificare il principio interno dei suoi atti. Ma un giudizio imperativo altrui, in quanto tale, è assolutamente estrinseco a quel principio interno dell'azione, e di conseguenza, incapace di modificarlo.

---

## 2

<sup>2</sup> S. Th. II-II, q. 57. È vero che lungo il trattato della giustizia (II-II, q.57-122) San Tommaso studia una serie di problemi tipicamente giuridici (vid., in particolare, le sue considerazioni sulla giustizia del processo, q.67-71); ma l'oggetto formale, la prospettiva dalla quale si studiano, è sempre morale. Così, per esempio, il processo si studia in funzione dei vizi contrari alla giustizia commutativa che danneggiano il prossimo mediante la parola.

<sup>3</sup> L'obbligo è un problema metafisico, non perché supponga la volontà di un Dio che comanda (tesi che sembra risalire a Suárez; cfr. J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, cap.XI; vid. anche W. FARRELL, O.P., "The roots of obligation", *The Thomist*, 1, 1939, pp.14-30), anche se, come tutto in metafisica, di fatto implica Dio come principio primo. Il problema d'identificare un legislatore ultimo capace di spiegare l'obbligatorietà di ogni legge è reale, ma non si presenta alla riflessione giuridica in modo immediato. L'obbligo di obbedire il comando del superiore si deve spiegare in primo luogo per il bene comandato, non per l'autorità che l'emana, perché l'*imperium* è atto della ragione più che della volontà (cfr. I-II, q.17, il commento di TOMMASO DI VIO, il Gaetano, riportato nell'edizione leonina, e la posizione contraria, paradigmatica, di SUÁREZ, *De Legibus*, libro I, cap.4-5).

In realtà, il problema dell'obbligazione è metafisico perché è metafisico il problema dell'universale ordinazione degli enti al loro fine proprio; perché è metafisico il problema della legge eterna come causa di ogni ordine e di ogni legge.

<sup>4</sup> S. Th. I-II, q.90, a.1: "*lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur*".

In altri termini, spiegare l'efficacia della legge significa spiegare in che modo un giudizio esterno diventa principio della propria azione; significa spiegare *il modo in cui questo giudizio si fa interno all'uomo*<sup>5</sup>.

Lo scopo di questo scritto è di presentare le linee fondamentali di quello che mi sembra sia la risposta della filosofia classica a questo problema.

### III

A partire dalla modernità, questa domanda ha ricevuto due tipi di risposte, le uniche possibili per una filosofia che si è riconosciuta apertamente nominalista:

1. L'efficacia della legge (e quindi la sua obbligatorietà) si fonda sulla coattività, che è la sua proprietà essenziale. La legge è obbedita e modifica veramente la condotta degli uomini perché è sostenuta dalla forza. Paradigmatici i casi di Hobbes, Spinoza, Austin o Kelsen<sup>6</sup>.

Secondo questa posizione, il giudizio in cui consiste la legge non è efficace per sé stesso, ma per quello che succede se essa non viene obbedita. L'individuo fa veramente proprio il comando come principio della sua azione, ma non al modo di un giudizio pratico (del tipo "devo agire in questo modo"), ma al modo di un giudizio tecnico (del tipo "date queste circostanze, mi conviene agire in questo modo per raggiungere questo fine che di fatto voglio, ma potrei non volere"). Così, mancando lo stimolo sensibile della sanzione, mancherebbero anche le ragioni per obbedire alla legge.

Intesa in questo modo, l'efficacia non appartiene alla legge, ma alle sue eventuali conseguenze. Non si obbedisce alla legge perché è legge, ma per evitare il dolore.

Molto si può obiettare a questa posizione. Basti a noi constatare, insieme a tutta la tradizione platonica, che la deduzione della legge da una premessa di forza significa sempre e indeffettibilmente la riduzione del diritto a pura forza<sup>7</sup>.

2. Secondo un'altra tesi moderna, la legge obbliga perché si acconsente ad essa. Sia che si ceda la propria volontà ad un altro, sia che si partecipati democraticamente alla sua formulazione, la legge è legge solo perché io l'accetto come tale. Il principio fondamentale è che solo un atto della propria volontà può generare obblighi per un soggetto; tutto il resto è coazione<sup>8</sup>.

---

### 3

<sup>5</sup> Soprattutto a partire dalla enciclica *Veritatis Splendor*, nn.36-41, la quale, a sua volta, rimanda alla costituzione conciliare *Gaudium et Spes*, n. 41 (disponibili su [www.vatican.va](http://www.vatican.va)), alcuni autori hanno chiamato "giusta autonomia" a questa capacità di autoregolazione attraverso l'appropriazione del comando del superiore (cfr. per esempio, tra tant altri, F. GENTILE, *Politica aut/et Statistica*, Giuffrè, Milano, 2003; *Ordinamento Giuridico, tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005; *Filosofia del Diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006; F. DI BLASI, *Conoscenza pratica, teoria dell'azione e bene politico*, Rubbettino, Palermo, 2006). Fondamentale sul concetto di autonomia, anche se molto discusso e criticato, M. Rhonheimer, *Natur als Grundlage der Moral*, Tyrolia-Verlag, Innsbruck-Wien 1987 (tr..it., *Legge naturale e ragione pratica*, Armando, Roma, 2001) Anche se anteriori alla *Veritatis Splendor*, sono fondamentali gli articoli di Servais PINCKAERS, O.P. "Autonomie et hétéronomie en morale selon S. Thomas d'Aquin", in C.J. Pinto de Oliveira e D. Mieth (a cura di) *Autonomie. Dimensions Ethiques de la liberté*, Editions Universitaires Fribourg - Editions du Cerf, Paris, 1978, pp.104-123 e "Liberte et preceptes dans la morale de Saint Thomas", en L.J. Elders e K. Hedwig (ed.). *Lex et Libertas. Freedom and Law According to St. Thomas Aquinas. Proceedings of the Fourth Symposium on St. Thomas Aquinas' Philosophy. Rolduc, November 8 and 9, 1986*. Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano 1987 (Studi Tomistici, 30), pp. 15-24.

<sup>6</sup> Ma anche un idealista come Giovanni GENTILE (*I Fondamenti della Filosofia del Diritto*, Sansoni, Firenze, 1937, cap.V). L'esempio è particolarmente interessante vista l'importanza dell'aporia sulla natura del diritto proposta da Croce e Gentile per la filosofia del diritto italiana del XX secolo.

È superfluo indicare dei passi particolari degli autori sopra indicati; basta sfogliare il *De Cive* o il *Leviathan* di HOBBS, il *Tractatus theologico-politicus* di SPINOZA, *The province of jurisprudence determined* di AUSTIN, o la *Reine Rechtslehre* di KELSEN per trovare le più eloquenti conferme. Nonostante gli sforzi per evitare una così scomoda conclusione, questi autori non riescono a distinguere specificamente il diritto dalla forza; il diritto per loro non è altro che "forza qualificata".

<sup>7</sup> Nei suoi termini essenziali, il problema è che se la forza costituisce il genere prossimo del diritto, e diventa tale per una qualificazione posteriore (l'aggiunta di una differenza specifica, appunto), è logicamente impossibile distinguerla realmente dalla forza. Una forza qualificata sarà sempre forza, così come un uomo, anche se razionale, sarà sempre un animale.

<sup>8</sup> Anche HOBBS – e, in generale, tutta la filosofia moderna – condivide questo principio. Infatti, HOBBS tenta di fondare la forza della legge sul consenso dal quale nasce il contratto. Ma in realtà, per HOBBS la finzione del contratto non si ordina a legittimare al sovrano e i suoi comandi (infatti, ogni legittimazione è superflua perché "legittimo" significa appunto "voluto dal sovrano"; tentare di legittimare il sovrano è circolare, superfluo e assurdo), e meno ancora a identificare veramente la

Perfino storicamente, questa seconda posizione si presenta come una correzione della prima. La dimostrazione sta nel esplicito e costante riferimento a Hobbes del suo primo e principale esponente, Rousseau<sup>9</sup>. Ciò significa che, per negare la conclusione della prima posizione ("la legge è il comando della forza"), si assume il suo principio ("ogni legge è costrizione"). Per questa ragione, l'obiettivo non è che la norma cessi di essere costrizione – perché questo è impossibile –, ma che la costrizione medesima venga giustificata rendendola interna allo stesso individuo. È quello che afferma espressamente Rousseau: il fine del contratto sociale è renderci liberi sotto le catene della legge<sup>10</sup>.

Come hanno visto Platone, Hobbes e lo stesso Kant, il problema fondamentale di questa posizione è che la volontà individuale non può vincolare se stessa, perché così come si obbliga, potrebbe dopo "disobbligarsi"<sup>11</sup>. La conseguenza logica inevitabile è quella di dover trovare un modo per identificare in modo assoluto la volontà individuale con quella dello Stato. Il XX secolo ha abbondato in tragici esempi di questa tesi, che esige fisiologicamente la creazione di istanze di "autocritica" o "terapia ideologica" per i casi in cui la volontà singolare dell'individuo non è d'accordo con la sua volontà statale<sup>12</sup>.

#### IV

La storia della filosofia politica presenta in modo ricorrente i due poli di questo problema che così lucidamente aveva visto Rousseau: 1) la legge è obbedita solo se viene fatta propria da chi la riceve, ma 2) l'obbligo legale esiste solo se non dipende dal soggetto. A quanto pare, si tratta di un'aporia insormontabile, un dilemma di due alternative ugualmente impossibili<sup>13</sup>. Perché la forza coattiva, per definizione, non è propria del soggetto, e la scelta personale, per definizione, non obbliga.

Questa è la ragione ultima per la quale la filosofia moderna non è stata capace di spiegare la legge secondo il modo in cui essa si presenta all'esperienza.

Una risposta valida deve essere in grado di conciliare questi due termini apparentemente antitetici: il governo politico e la libertà, secondo quello che, da Aristotele in poi, è stato identificato come la

---

#### 4

volontà del singolo individuo con quella del sovrano. La coincidenza delle volontà, se esiste, è casuale e irrilevante, perché legge e libertà si escludono a vicenda (cfr. *Leviathan*, cap.XIV). L'ipotesi del consenso si ordina unicamente ad assicurare l'irrevocabilità della sovranità, escludendo la possibilità della ribellione. Non è istanza di legittimità reale, ma espediente di legittimità astratta.

<sup>9</sup> Questo aspetto dell'influenza di HOBBS su ROUSSEAU è stato studiato da R. DERATHÉ nel suo classico *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps* (Vrin, Paris, 1988; trad.it. di Roberta Ferrara, Il Mulino, Bologna, 1993), chi rileva come di solito ROUSSEAU argomenta contro un antagonista implicito dal quale, per forza, deve prendere le sue premesse. Per questa ragione, anche se DERATHÉ non lo afferma, sembra lecito spingersi fino a vedere in ROUSSEAU uno dei più grandi hobbesiani, appunto quello che lo supera e lo corregge.

<sup>10</sup> Cfr., per esempio, J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, I, VI, dove enuncia la formula del contratto ("Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant"), oppure, ancora più esplicito, l'articolo sull'*Economie politique*: "Par quel art inconcevable a-t-on pu trouver le moyen d'assujettir les hommes pour les rendre libres? D'employer au service de l'État les biens, les bras, et la vie même de tous ses membres, sans les contraindre et sans les consulter? D'enchaîner leur volonté de leur propre aveu? de faire valoir leur consentement contre leur refus, et de les forcer à se punir eux-mêmes quand ils font ce qu'ils n'ont pas voulu? Comment se peut-il faire qu'ils obéissent et que personne ne commande, qu'ils servent et n'aient point de maître; d'autant plus libres en effet que sous une apparente sujétion, nul ne perd de sa liberté que ce qui peut nuire à celle d'un autre? Ces prodiges sont l'ouvrage de la loi".

<sup>11</sup> Cfr. PLATONE, *Repubblica*, 430e – 431a; T. HOBBS, *De Cive* III, 14; XII, 4 e *Leviathan* XXVI; I. KANT, *Metaphysik der Sitten* (ved. in particolare p. 272 in *Kants gesammelte Schriften*, Band VI, Berlin 1913). Per questo argomento, ved. A. MUSIO, *L'autonomia come dipendenza*, Vita e Pensiero, Milano, 2006 (a chi devo l'indicazione su Kant).

<sup>12</sup> Istanze, com'è noto, proposte dallo stesso Rousseau (cfr. *Du Contrat Social* I, VII: "quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps: ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre")

<sup>13</sup> La riposta di Rousseau è quella di duplicare l'uomo, il quale diventa così sovrano e suddito di se stesso. Come si vedrà, la risposta classica è l'inversa: unificare gli atti d'imperare e di essere imperato, in modo che l'uomo non è già *soberanus*, ma *dominus* di se stesso. Per una critica al concetto moderno di sovranità in questo senso, in quanto implica una separazione radicale dall'inferiore (e quindi assoluta alterità e indipendenza), vid. il cap.2 di J. MARTAIN, *Man and the State* (trad. it. *L'uomo e lo Stato*, Marietti, Genova, 2003).

funzione propria di ogni autorità politica: il governo su uomini "liberi e uguali"<sup>14</sup>. Ma per fare questo, è necessario superare gli stretti limiti del nominalismo e avere il coraggio di "tentare le essenze"<sup>15</sup>.

V

Abbiamo detto che la filosofia moderna è nominalista, e che è proprio il suo nominalismo la causa di questo dilemma della filosofia giuridica. La tesi esige una giustificazione. Non è questo il luogo per discutere le proprietà comuni e l'identità fondamentale delle diverse correnti della filosofia moderna. Basta che si conceda il nome "moderno" per designare genericamente l'insieme delle filosofie che hanno dominato in modo indiscusso la cultura europea dopo la frattura religiosa della riforma e il processo di secolarizzazione avviato dall'umanesimo. La questione particolare del carattere essenzialmente nominalista del dilemma qui presentato si palesa considerando le sue origini teoriche. Nei termini della filosofia realistica classica, attribuire "efficacia" alla legge non significa altro che affermare che la legge è una certa "causa" dell'agire, perché "produrre", "modificare" o "qualificare" un atto sono modi diversi di causarlo.

Il nominalismo riduce la relazione di causalità alla causa efficiente, perché non riconosce un rapporto reale tra due enti al di là di quello fisico. In questo contesto, essere causa può significare semplicemente muovere o creare. Di conseguenza, per la filosofia giuridica moderna, lo Stato non media, riconosce o tutela rapporti sociali reali, ma li stabilisce; non accetta diritto o giuridicità anteriori a se stesso, ma li crea dal nulla. "Il potere legislativo è onnipotenza umana"<sup>16</sup>, come disse Portalis ai legislatori francesi durante la rivoluzione.

Siccome la legge è vera causa dell'agire, ma l'unica causalità possibile è quella della causa efficiente, ci restano solo due alternative: 1) ridurre la legge a coazione, che è una forma di causalità efficiente degli atti di un altro, 2) oppure ricondurre la legge alla volontà individuale, che è causa efficiente delle proprie azioni. Entrambi i tentativi, abbiamo visto, falliscono in modo evidente; lo dimostrano con eloquenza le teorie contemporanee dell'obbligo giuridico, le quali neppure tematizzano il problema<sup>17</sup>. L'atrofia nominalistica del principio di causalità, concepito come un puro meccanismo di azione e reazione, fa della legge, anche di quelli scaturita dalla propria volontà, una forma particolare della costrizione.

Una vera causalità della legge sugli atti dell'uomo, deve essere in grado di salvare quei due termini apparentemente incompatibili: il governo politico e la libertà. Deve causare realmente l'atto del cittadino, ma, al tempo stesso, riconoscere come principio delle sue azioni la sua volontà libera. La ragione ultima di questi requisiti non può essere più semplice: è ciò che ci manifesta l'esperienza

---

5

<sup>14</sup> Cfr. per esempio, *Politica* I, 1255b 20; III, 1277b 7-10; 1288a 1-5

<sup>15</sup> L'espressione è di Galileo GALILEI (lettera di 1612 a M. Welser "Sulle macchie solari", in *Opere di G. Galilei*, Ed. Nazionale, Firenze, 1932, Vol. V, p.186 e ss.; il passo è spesso riportato da Titto Arcchi in diverse opere), a partire dal quale la scienza (modello della filosofia della modernità) rinuncia espressamente a conoscere la natura delle cose e si limita alla matematica dei fenomeni. Per un'analisi delle conseguenze di questo programma metodologico nella filosofia del diritto, cfr. Francesco GENTILE, *Filosofia del Diritto*, op.cit..

<sup>16</sup> J. PORTALIS al *Corpus Législatifs*, 23 febbraio di 1803: "Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine. La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est ; elle crée ce qui n'est pas encore. La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe d'où par-tent ces idées vastes, ces conceptions heureuses, qui président au bon-heur des hommes et à la destinée des empires".

<sup>17</sup> Estremamente illustrativa l'eccezioni a questo fatto. Due degli autori che hanno affrontato il problema negli ultimi anni, J.RAZ e M.B.E. SMITH, concludono che non esiste un obbligo di obbedire al diritto (cfr. J.RAZ, *The authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, cap. XII; M.B.E. SMITH, "Is there a prima facie obligation to obey the Law?", *The Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 5, Apr., 1973, pp. 950-976). Tentativi parziali di salvare la partecipazione attiva del singolo nella vigenza della legge sono stati proposti, per esempio, da H. HART (*The concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994), W. CESARINI SFORZA (*Lezioni di Teoria Generale del diritto*, Cedam, Padova, 1930 soprattutto, pp.36-42, più chiaro in questo punto del suo *Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Torino, 1955; vid. anche la voce "Diritto soggettivo" dell'Enciclopedia del Diritto, XII, Milano, 1964, p.659, e "Sul concetto di obbligo", conferenza pubblicata nella rassegna *Temi Romana*, 1964, fasc. 9-10, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, I. *Filosofia e teoria generale*, Giuffrè, Milano, 1967) e G. CAPOGRASSI ("Giudizio processo scienza verità", in *Rivista di diritto processuale*, I, 1950, pp.1-22, ora in *Opere V*, Milano, Giuffrè, 1959, pp.51-76; "Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chioyenda)", in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 18, 1938, pp.252-287, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere IV*, Giuffrè, Milano 1959, pp.131-169). Tuttavia, le loro premesse metafisiche compromettono la forza degli argomenti.

quotidiana. Tutti i giorni ci comportiamo in un certo modo perché la legge lo comanda e perché l'abbiamo scelto. Perché mi è stato comandato e perché io voglio, simultaneamente e senza alcuna incompatibilità. La tesi di fondo della filosofia classica è che queste due ragioni non sono contrarie perché, in realtà, sono solo una: *si obbedisce perché e nella misura in cui si sceglie la legge*.

*Il problema della legge positiva, pertanto, è quello di spiegare questa identità elettiva fra il giudizio imperativo dell'autorità e il giudizio prudenziale che determina l'azione*. L'analisi di questa tesi costituirà la struttura delle prossime riflessioni.

## VI.

Che questi due giudizi siano *identici* manifesta la causalità reale del comando giuridico sull'atto di *imperium* singolare<sup>18</sup>. Entrambi i giudizi (la legge e l'*imperium* prudenziale) sono in certa misura identici proprio perché uno è causa dell'altro: *omne agens agit sibi simile*. L'efficacia causale della legge consiste precisamente nel rendere simile il giudizio singolare del cittadino a se stessa. Cioè, l'*imperium* prudenziale prende la sua forma dal giudizio universale della legge, il quale è come il suo modello.

L'identità di due giudizi pratici consiste in una identica ordinazione di "ciò che è per il fine" rispetto ad un identico fine. Ma, evidentemente, ci sono diversi gradi di precisione nel determinare "ciò che è per il fine"<sup>19</sup>. E più universale è il giudizio, maggiore è anche l'indeterminazione. Ciò che il giudizio più universale della legge lascia indeterminato, verrà determinato dal ragionamento prudenziale secondo le circostanze del caso. L'essenziale è che l'atto d'*imperium* prudenziale di chi obbedisce alla legge "dice la stessa cosa" che il giudizio della legge.

In una parola, la legge è *modello* o *causa esemplare* dell'atto singolare, vale a dire, *quello a somiglianza del quale l'azione umana si ordina al suo fine proprio*.

## VII

In questo contesto, si può stabilire una perfetta analogia di proporzionalità tra i primi principi della legge naturale e i suoi precetti secondari, tra questi precetti secondari e la legge umana derivata da essa per determinazione<sup>20</sup>, e tra quest'ultima e il giudizio prudenziale che costituisce l'azione concreta nella situazione contingente. Tutti questi livelli, ciascuno dei quali è causa o modello del precedente, consistono in un unico giudizio ogni volta più determinato.

Ma la legge non è la causa di tutto l'essere dell'effetto (ad eccezione, naturalmente, della legge eterna). Questo tipo di causalità implica che qualcosa degli atti ordinati e qualcosa delle relazioni stabilite dall'ordinazione sia anteriore alla legge, la quale si limita a determinare ciò che la loro natura lasciava indeterminato (come quando si stabiliscono i requisiti per la validità di un contratto) o a qualificarli in modo estrinseco a quella natura (come quando si dá rilievo giuridico ad un gesto particolare).

Cioè ogni precetto ordina a partire da qualcosa che è già ordinata dal precedente<sup>21</sup>.

---

## 6

<sup>18</sup> Per la nozione di *imperium* e l'ultimo giudizio della prudenza, cfr. S.Th. I-II, q.17 e II-II, q.47, a.8. Per la teoria tomista dell'azione, cfr. l'ormai classico commento a I-II, q.6-21 di Santiago RAMÍREZ O.P., *De Actibus Humanis*, CSIC, Madrid, 1972. Vid. anche il recente studio di Stephen BROCK, *Azione e condotta*, Edusc, Roma, 2002.

<sup>19</sup> "*Ea quae sunt ad finem*" è un termine tecnico di San TOMMASO che viene spesso tradotto come "mezzo" (vid. in particolare, S. Th. I-II, *prol.* delle questioni 8 e 13). La questione non è indifferente, perché se l'atto è mezzo, la sua natura sarà puramente strumentale e la sua bontà dipenderà da un fine che gli è essenzialmente straneo, incorrendo in questo modo nell'obiezione kantiana all'etica eudaimonista: il bene di un atto deve appartenere all'atto in se stesso, non può essere effetto di un interesse egoistico nella propria felicità. In realtà l'atto umano è quello *per il quale* e *nel quale* si raggiunge l'*eudaimonia*; in altri termini, il fine ultimo non è uno stato "piacevole" che si raggiunge mediante certi atti, ma la stessa l'attività virtuosa nella quale si partecipa del bene (cfr. la definizione aristotelica di eudaimonia come "attività dell'anima secondo virtù perfetta", in *Etica Nicomachea* I, 1102a 30 – 1102b 30). Ringrazio il professor Juan Antonio Widow per queste precisioni.

<sup>20</sup> Secondo San TOMMASO (I-II, q.95, a.2) la legge umana deriva (e riceve valore di legge) da quella naturale in due modi diversi: per conclusione, in quanto positivazione dei precetti di legge naturale, e per determinazione, in quanto definisce e sanziona ciò che la legge naturale lascia indefinito. La distinzione è parallela a quella tra giusto naturale e legale di *Etica Nicomachea* V, 1134b 18 – 1135a 5.

<sup>21</sup> "*Natura non nisi parendo vincitur*" (F. BACON, *Novum Organum*, libro I). Porre ordine dove non c'era in assoluto significa

## VIII

La legge è causa esemplare dell'ordine, e la causa è sempre diversa dal suo effetto. Per questa ragione, così come l'*imperium* prudenziale non è l'atto, ma la forma dell'atto, così la legge è ordinazione, cioè principio dell'ordine, e non ordine<sup>22</sup>. L'ordine reale si realizza negli atti singolari e nelle relazioni sociali a partire dal modello in cui consiste la legge; ma la legge non è l'ordine.

La legge è modello, ordine ideale alla cui somiglianza si debbono realizzare le condotte sociali; ma è un modello imperativo, cioè vera causa dell'ordine sociale reale; un *ordo ordinans* che genera l'*ordo ordinatum*.

In altri termini, la legge è causa *formale estrinseca* o *causa esemplare* dell'atto, cioè la sua forma universale, il suo ordine intrinseco, in quanto intellettualmente separato dalla cosa reale e presente nella mente dell'agente.

I questo modo, a) "*la legge è alla prudenza quello che l'esemplare è all'arte*"<sup>23</sup>. E siccome la prudenza legislativa è *architettonica*<sup>24</sup>, in questa misura è anche essa stessa un'arte la cui opera è il bene comune sociale<sup>25</sup>. In questo livello d'analisi, può dirsi che una buona legge è un'opera d'arte.

Allo stesso modo, b) nell'ordine della prudenza politica (che è quella propria di chi obbedisce<sup>26</sup>), la legge è un modello dell'ordinazione degli atti di ogni singolo artista nella produzione di quell'ordine singolare in cui consiste la propria virtù politica. In questo secondo livello, una buona legge è causa esemplare dell'ordine degli atti individuali.

In altri termini, la legge è a) strumento per la realizzazione del bene comune politico e b) modello dell'atto giusto.

La legge umana è vera causa perché esprime la dimensione giuridica dell'atto singolare astrattamente dalla sua concretizzazione reale, cioè l'essenza della giuridicità dell'atto, che è la sua ordinazione al bene comune. Così, la legge fa in modo che l'atto si adegui ad essa, la imiti, e in questo modo partecipi all'ordine che essa comanda. La legge *funziona come un'idea in senso platonico*<sup>27</sup>.

In quanto modello, esemplare o Idea, la legge è universale mentre l'atto è singolare; è astratta mentre l'atto è concreto; è fissa ed immobile mentre l'esperienza umana è dinamica e variabile. La legge comanda sempre allo stesso modo, senza considerare le circostanze; di conseguenza, molte volte sbaglia e si mostra, in parole di Platone, come "*un uomo prepotente e ignorante, che a nessuno permette*

---

## 7

porre l'essere nel nulla; cioè creare. L'uomo può solo ordinare all'interno di un ordine precedente che non può che riconoscere; non pone ordine dove non c'era, ma attualizza uno degli ordini che c'erano in potenza. Beninteso, questo argomento costituisce lo sfondo teorico di tutte le obiezioni etiche o giuridiche alle pretese assolutistiche del giuspositivismo, e la dimostrazione definitiva della esistenza di un ordine etico che ben si può chiamare "legge naturale". È la stessa positività del diritto positivo che postula l'esistenza di un diritto naturale.

<sup>22</sup> La confusione di questi aspetti porta alla confusione tra ordine giuridico e legge, riducendo la funzione del giurista a quella di un applicatore di norme. Francesco GENTILE considerava questo un errore semplicemente "grossolano" (cfr. *Filosofia del Diritto*, op. cit., p.216).

<sup>23</sup> L.E. PALACIOS, "Sobre el concepto de lo normativo", in *Revista de Filosofía*, Vol.2, n.5, aprile-luglio 1943, p.242 (la traduzione è mia). Cfr. S.Th. II-II, q.57, a.1, ad 2 y I, q.21, a.2. S'intende per "arte" qui il sapere produttivo di un'opera esterna all'agente, a prescindere del senso che il diritto romano potesse aver dato alla considerazione del diritto come "ars" e di tutta la discussione sul suo genuino significato. Mi limito a sostenere che la prudenza legislativa produce un'opera che trascende il suo autore, nell'esatto senso di S.Th. I, q.21, a.2 (ringrazio Carlos Casanova per le indicazioni su questo punto).

<sup>24</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 1141b 23-27; *Politica* I, 1260a 17-19;

<sup>25</sup> Per questa idea della politica come arte, anche in un senso in qualche modo "produttivo", vid. J.A. WIDOW, "El hombre, animal político", Universitaria, Santiago de Chile, 1988.

<sup>26</sup> Cfr. S.Th., II-II, q.50, a.2. In questo luogo San TOMMASO enuncia il principio che sintetizza le tesi qui proposte: "*Sed homines servi, vel quicumque subditi, ita aguntur ab aliis per praeceptum quod tamen agunt seipsos per liberum arbitrium. Et ideo requiritur in eis quaedam rectitudo regiminis per quam seipsos dirigant in obediendo principatibus*".

<sup>27</sup> Come si ricava da S. Th. I, q.15, e II-II, q.57, a.1, ad 2. Per il platonismo di San TOMMASO, ancora oggi ignorato da tanti critici, è fondamentale Cornelio FABRO, *Introduzione al tomismo*, Desclée, Roma, 1960; per la ricezione tomista della nozione platonica di partecipazione, ved. IDEM, *La nozione metafisica di partecipazione secondo S. Tommaso d'Aquino*, ora pubblicato da EDIVI, Milano, 2005.

di fare qualcosa contro i suoi ordini"<sup>28</sup>. Perché è un modello di ordine, non la forma intrinseca dell'ordine; perché è ordinazione della ragione<sup>29</sup>, non ordine delle cose<sup>30</sup>.

La legge e l'atto conforme ad essa differiscono o si assomigliano tra di loro come il modello rispetto all'opera; come il piano di un architetto rispetto alla casa; come una ordinazione della ragione rispetto all'ordine reale dell'esperienza giuridica.

## IX

L'identità tra il giudizio singolare e la legge è *elettiva*; in questo consiste appunto la causalità della legge. Una causa esemplare è vera causa nella misura in cui l'artefice sceglie di adeguare la sua opera al modello.

Di conseguenza, l'individuo (anche quello cattivo) obbedisce alla legge *perché e nella misura in cui* rende propria liberamente quell'ordinazione in cui essa consiste. È quello che, dalla *Veritatis Splendor* in poi, si suole chiamare "giusta autonomia".

Naturalmente, questa identità di giudizi o "giusta autonomia del singolo" ammette gradi diversi. Dall'identità più perfetta, quella di chi obbedisce alla legge perché ama gli stessi fini e ritiene convenienti gli stessi mezzi (colui per il quale, secondo il *locus classico*, non c'è legge<sup>31</sup>, perché egli è legge a se stesso<sup>32</sup>), fino alla identità più imperfetta, quella di chi ama solo la sua parte dei fini comuni e accetta solo i mezzi che non gli sono insopportabili.

L'ordinamento giuridico, per la sua exteriorità, richiede mediante coercizione solo l'identità minima, ma pretende quella massima; vuole *"rendere buoni gli uomini"*<sup>33</sup>, ma solo esige loro con la forza soltanto di non essere cattivi. E appunto perché non è forza, la legge può utilizzarla quando sia necessario.

## X

La causalità esemplare opera attraverso un'"assimilazione" volontaria, in virtù della quale la persona si appropria dell'ordinazione in cui consiste la legge e la fa principio dei suoi atti. Cioè la legge opera mediante la *partecipazione dell'ordine attraverso l'atto d'imperium*<sup>34</sup>.

Di qui l'importanza di insistere sul fatto che la legge e l'*imperium* sono atti della ragione, non della volontà. È possibile comunicare ragioni, non elezioni. L'atto di volontà è per definizione incomunicabile, al punto che l'amore del Bene può essere trasmesso ad un altro solo a partire da una previa comunione nella Verità. Il punto è centrale per tutta la pedagogia, compresa quella delle leggi. In effetti, è notevole che lo stesso San Tommaso non affronti il problema dell'azione di un uomo su un altro quando studia la legge, ma nella *quaestio "De Magistro"* e in altri luoghi paralleli<sup>35</sup>, cioè quando studia l'atto di insegnare. Infatti, anche se l'insegnare è assolutamente diverso dal comandare<sup>36</sup>, non

---

## 8

<sup>28</sup> PLATONE, *Político* 294c.

<sup>29</sup> Secondo la classica definizione tomistica della legge (*S. Th.* I-II, q.90, a.4): "*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam comunitatis habet, promulgata*".

<sup>30</sup> Tra tante altre, una conseguenza centrale di questo principio è l'insufficienza di un giudizio che se limiti ad "applicare" le leggi, le quali non sono altro che il paradigma di un ordine che solo sussiste (o no) nella natura dei fatti giuridici. Cfr. F.A. LAMAS, "Hecho, valor y norma", in *Revista Internacional de Filosofía Práctica* II, 2004.

<sup>31</sup> Cfr. I Tim. 1, 9; Gal. 5 18; *S.Th.* I-II, q. 96, a.5, tra tanti altri.

<sup>32</sup> Cfr. per esempio, II Rom, 2, 14-15; ARISTOTELE, *Politica* III, 1284a 10- 15; Sant'AGOSTINO, *In Io. Ep. tr.* 7, 8: "*Dilige et quod vis fac*".

<sup>33</sup> *S.Th.* I-II, q.92, a.1.

<sup>34</sup> Questa tesi, ad oggi inedita, appartiene a Félix Adolfo LAMAS. Alcuni aspetti sono stati sviluppati da Sergio CASTAÑO in *La racionalidad de la ley*, Abaco, Buenos Aires, 1995, con prologo di Dario COMPOSTA, e in "Notas sobre la noción de mando político en Aristóteles" in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 91, N° 2, Aprile 2005, pp. 256-265.

<sup>35</sup> *De Veritate*, q.11; *S.Th.* I, q.117.

<sup>36</sup> Il maestro presenta attraverso segni sensibili una verità che non dipende da lui perché sia conosciuta dal discepolo e, facendo questo, propone la sua conoscenza soggettiva come esemplare dell'atto del discepolo. Alla fine del processo, entrambi comunicano in una stessa verità e partecipano ugualmente ad essa.

Il legislatore, invece, nella misura in cui legifera, stabilisce un fine come giusto e dovuto perché sia amato come un bene proprio dal suddito (il che suppone che questo bene sia previamente conosciuto come tale), e facendo questo, propone questo ordine oggettivo (e non se stesso o la sua volontà) come esemplare degli atti del suddito. Alla fine del processo, entrambi partecipano da quel bene, ma *ognuno nella misura in cui si ordina effettivamente ad esso*.



c'è comando senza insegnamento. La nozione classica di legge diventa incomprensibile se si prescinde della sua funzione educativa<sup>37</sup>.

Questa partecipazione "esterna", politica, ha una profonda dimensione "interna", morale. Perché suppone il governo della parte migliore dell'anima su quella peggiore (come dice Platone<sup>38</sup>), della parte propriamente razionale su quella che partecipa della ragione (come dice Aristotele<sup>39</sup>); in sintesi, esige la virtù morale, e soprattutto la temperanza o *sofrosyne*, alla quale si oppone precisamente la *akrasia*<sup>40</sup>, che non è solo "incontinenza", ma soprattutto mancanza di governo e autocontrollo. In altri termini, può partecipare dell'ordine e del governo della città soltanto colui che prima è governante, padrone e ordinatore di se stesso; colui che è "autonomo"<sup>41</sup>.

## XI

Ciò che viene partecipato non è l'ordine comandato in se stesso, ma i principi dell'ordine: lo stesso amore per gli stessi fini, e una simile ponderazione di "ciò che è per il fine". Questa particolare forma di unità e amicizia<sup>42</sup> è ciò che Aristotele chiamava "*homonoia*", abitualmente tradotto come "concordia"<sup>43</sup>. Questo fatto permette di spiegare com'è possibile che si obbedisca volontariamente ad una legge che si considera assurda, che si riconosca legittimo un governante che si ritiene inetto, oppure, infine, che si faccia proprio un giudizio alla cui deliberazione non si è preso parte in assoluto. Fatti dell'esperienza quotidiana e pietra d'inciampo delle moderne teorie della legge.

La questione fondamentale è che ciò che viene partecipato non sono i fini particolari di ciascuno, e meno ancora quelli della persona che esercita l'autorità, ma i fini comuni della società politica. I quali, proprio perché sono comuni (cioè, propri, ma non esclusivi; partecipati subordinando se stesso, e non posseduti subordinandoli a sé), possono cercarsi in molti modi diversi, e perfino essere amati dal vizioso con interesse puramente egoistico, senza che questo impedisca la realizzazione del bene comune. In altri termini, la famosa mano di Adam Smith è invisibile solo per chi, con volontaria miopia, rifiuta di constatare nell'uomo una natura sociale che agisce anche *praeter intentionem*. L'uomo non è un animale politico perché "gli conviene" vivere in società, ma perché, anche se riuscisse a vivere da solo, non potrebbe raggiungere la pienezza del suo bene se non insieme ad altri<sup>44</sup>. In realtà, il bene comune è voluto anche da chi lo attacca, perché non è veramente diverso dal suo bene proprio.

## 9

Come si può apprezzare, il modo in cui muove ciascuno di loro è inverso: il maestro muove solo *l'intelletto* in quanto *attrae la verità verso il discepolo*; il principe, invece, muove *tutto l'uomo*, in quanto *impulsa l'uomo verso il bene*. La ragione ultima di questa differenza è l'inversa intenzionalità dell'intelletto e della volontà.

<sup>37</sup> Le alusioni e i piccoli accenni alla pedagogia delle leggi si possono trovare in quasi tutte le opere che studiano la nozione classica di legge, ma non sono a conoscenza di opere monografiche sull'argomento. Per un'introduzione alla questione in San TOMMASO, vid. A. WEGMANN, "*La ley como instrumento de pedagogía moral en Santo Tomás de Aquino*", in *Ius Publicum* 19, 2007, pp.25-49.

<sup>38</sup> PLATONE, *Repubblica* IV, 430e – 431b

<sup>39</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* I, 1102a 25 – 1103a 10

<sup>40</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* VII, passim.

<sup>41</sup> Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, op.cit. È degna di nota la vicinanza tra le conclusioni di Maria Chiara PIEVATOLO e la lettura di PLATONE di Francesco GENTILE, a partire dalla quale formula il suo concetto di autonomia. Cfr. M.C. PIEVATOLO, "La via verso l'alto: autonomia dell'anima e politica nella Repubblica di Platone", in AA.VV. *La filosofia politica di Platone*, Milano, FrancoAngeli, 2008, pp. 175-184. Per il rapporto tra *psyche* e *polis*, vid. M. VEGGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Einaudi, Torino, 2003, lezione 9; l'opera di riferimento fondamentale, molto più tecnica ma di conclusioni meno ambiziose, è T.J. ANDERSSON, "*Polis and psyche a motif in Plato's Republic*", *Acta Universitatis Gothoburgensis*, Göteborg, 1971. In ambito aristotelico, invece, cfr. F.A.LAMAS, "El bien común político", in M. AYUSO (a cura di), *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica: studi in onore di Francesco Gentile*, Marcial Pons, Madrid, 2006 e "Autarquía y Soberanía", ora in [www.viadialectica.com](http://www.viadialectica.com). L'argomento sarà ripreso in un mio saggio di prossima pubblicazione.

<sup>42</sup> Gli antecedenti platonici di questa nozione in *Leggi* V, 739 c-d

<sup>43</sup> *Etica Nicomachea* VII, 1155a 24-30; IX, 1167a 20 – 167b 15; *Etica Eudemia* VII, 1241a 1-34. Per questo argomento, che non è stato ancora approfondito come meriterebbe, vid. F.A. LAMAS, *La concordia politica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975; una sintesi delle sue tesi centrali nell'articolo "La concordia politica" in [www.viadialectica.com](http://www.viadialectica.com). Vid. anche R.J. KLONOSKI, "Homonoia in Aristotle's Ethics and Politics", *History of Political Thought*, vol. 17, n° 3, 1996, pp.313-325; J.C. COOPER, "Aristotle and the forms of friendship", *The Review of Metaphysics*, 30, 1976, pp.619-648 e A.W. PRICE, *Love and friendship in Plato and Aristotle*, Clarendon Press, Oxford, 1989

<sup>44</sup> Cfr. ARISTOTELE, *Politica* III, 1278 b 20-25; I, 1253a 11-18.

La società politica è una "comunità", cioè una "unione di molti nel comune a tutti". E il comune tra uomini diversi, ciò che li unisce nelle loro differenze, non può essere che l'amore di un medesimo fine che appartenga a tutti, cioè quell'amicizia politica che, nella sua forma più perfetta, è "concordia" o *homonoia*<sup>45</sup>.

## XII

La partecipazione dell'*imperium* è necessariamente volontaria, anche se non diretta ed espressamente scelta dalla volontà. L'obbedienza alla legge non può realizzarsi se non volendo gli stessi fini ai quali essa ordina. Anche se meno perfetta, perfino l'obbedienza dei cattivi è *appropriazione del comando e partecipazione nei suoi fini*.

Come disse Platone, la legge agisce, cioè causa un atto, attraverso la persuasione dei buoni e la coercizione dei malvagi<sup>46</sup>. Il primo di questi modi è più perfetto e di conseguenza non si può imporre a tutti<sup>47</sup>; ma il secondo è come la prefigurazione del primo. Nella misura in cui sussiste la volontarietà, la coercizione del cattivo è solo un modo meno perfetto di partecipazione ai fini dell'ordine politico.

Il *proprium* della legge è la sua *vis directiva*, mediante la quale viene indicato ai buoni il bene concreto da compiere perché questi lo scelgano liberamente<sup>48</sup>. In secondo luogo, tuttavia, essa possiede anche una *vis coactiva*, mediante la quale dissuade e scoraggia i malvaggi rendendo preferibile il disagio della buona azione rispetto alla sanzione che seguirebbe l'atto cattivo.

È vero che il vizioso attua la legge solo per evitare un danno, ma il fatto stesso di evitarlo è un bene veramente comune a tutto il corpo sociale; un bene che è suo, ma non *esclusivamente* suo. In realtà, la legge è efficace nei confronti dell'uomo cattivo proprio nella misura in cui egli non è cattivo, nella misura in cui egli ama il bene. La *vis coactiva* può modificare l'azione in quanto è anche direttiva; cioè in quanto – di un modo diverso e indiretto – presenta il *bene ad un appetito retto* perché questo appetito lo scelga. La *coercizione* è un altro modo della *direzione*, perché non vi è alcun vero comando senza un previo insegnamento<sup>49</sup>.

È vero che la legge umana sarebbe inefficace verso i cattivi se si prescindesse dalla sanzione, come si dimostra nel libro X dell'*Etica Nicomachea*. Tuttavia, *a*) il proprio della legge è ordinare, cioè agire sulla ragione e non sulle passioni<sup>50</sup>; pertanto la legge si dirige all'uomo ragionevole, al virtuoso, o meglio, ad ogni uomo in quanto è ragionevole e virtuoso, perché questa è la sua condizione naturale (anche se non la più comune). In questo modo, *b*) la necessità concreta della coazione permette di concludere, come massimo, che la sanzione è un *proprium* della legge umana (non di ogni legge) in virtù della peculiare natura di colui al quale è rivolta. Ma affermare che la pena appartiene all'essenza della legge significa che la sua forza vincolante è identica alla sua forza coercitiva, o almeno che è inseparabile da essa, e di conseguenza, che una obbedienza che non sia affatto mossa dalla paura è imperfetta e incompleta.

È vero che ogni trasgressione comporta un disordine che *a*) deve essere corretto e *b*) finisce naturalmente per ritorcersi contro lo stesso agente. Ma anche se questo si potesse chiamare "sanzione", non deve essere considerato come qualcosa di essenziale ad una legge che esiste solo per

<sup>45</sup> La centralità di questa comunità naturale e storica anteriore a qualsiasi volontà attuale costituisce la principale differenza tra questa concretissima forma di amicizia politica e l'astratto consenso sociale delle teorie contrattualistiche. Non c'è comunità senza un amore comune; ma questo amore non è (in primo luogo) una scelta.

<sup>46</sup> *Leggi* IV, 722b – 723e.

<sup>47</sup> *S.Th.* I-II, q.95, a.1.

<sup>48</sup> Il buono non ha bisogno di legge rispetto alla sua *vis coactiva*, in quanto la sua volontà non deve essere mossa all'elezione del bene; ma è necessario che gli sia indicato qual'è il bene particolare determinato convenzionalmente dall'autorità come obbligatorio. Cfr. I-II, q.96, a.5

<sup>49</sup> Infatti, come si vede nella sua etimologia, "in-segnare" è la stessa cosa di "indicare". o "mostrare" il bene.

<sup>50</sup> Infatti, la legge agisce sulle passioni nella misura in cui queste partecipano del *logos*. Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* I, 1102a 25 – 1103a 10 e il commento di San TOMMASO, *Sententia libri ethicorum* I, 20; *Politica* 1254a 17 – 1255a 3 e *De Anima* III, 432a 15 – 433a 10.

essere obbedita, ma come l'effetto necessario di una trasgressione che è completamente estranea alla definizione della legge<sup>51</sup>.

Affermare che la legge suppone essenzialmente la pena, in sintesi, è definire la legge per il suo opposto; è concepire la libertà a partire del suo difetto, come se fosse una pura capacità di scegliere tra il bene e il male; è, infine, includere il peccato nell'essenza del bene morale<sup>52</sup> e, nel nostro ambito particolare, definire il diritto partendo dalla sua violazione, esattamente come voleva Kelsen<sup>53</sup>.

### XIII

Chiudendo il percorso di queste considerazioni, si può constatare che così come il precetto singolare della legge è modello degli atti individuali, così l'ordine giuridico nel suo complesso, cominciando dalla sua costituzione, è modello o causa esemplare della *polis* in quanto tale. Perché questo *corpus* normativo vuole essere l'immagine positivizzata di una Idea o progetto di bene comune o sociale, conosciuto e modellato dall'*architetto* prudente, riconosciuto e amato come proprio dai membri della società, i quali si riuniscono in virtù dell'amore comune di un identico bene.

Così, riprendendo quello che si è detto nel punto VIII, la legge è modello dell'atto giusto, strumento per la realizzazione del bene comune politico e, infine, modello dell'ordine sociale.

### XIV

Il disagio causato da una modificazione della prospettiva teorica sulla legge umana come quella che si propone sommariamente qui, si giustifica solo se essa si dimostra capace di produrre un effettivo contributo alla scienza. Mi sembra infatti che questa impostazione risulta estremamente fertile di conseguenze teoriche. Per i limiti propri di questo saggio, ma anche e soprattutto perché la mia riflessione su queste tesi sta appena cominciando, presenterò soltanto alcuni esempi generali, eventuali percorsi di ricerca nei quali si potrà valutare il loro vero peso teorico.

Francesco Gentile considerava questa idea di "autonomia" del singolo come il vero "fulcro", punto di appoggio e principio pratico fondamentale, di tutto l'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive<sup>54</sup>. Se questo è vero, come penso che lo sia, allora l'efficacia della legge come partecipazione dell'*imperium* è un fatto reale, e non un mero principio teorico o un ideale da raggiungere; un fatto così determinante, che addirittura sarà presente perfino quando venga espressamente negato e metodicamente ignorato. Non altro affermava lo stesso Gentile quando faceva notare che la *Grundnorm* kelseniana suppone appunto quell'eticità o "senso del dovere" la cui negazione rende possibile e necessaria una dottrina pura del diritto; oppure quando metteva in rilievo che la stessa affermazione assoluta dell'individuo astratto, premessa di tutta la filosofia politica moderna, implica strutturalmente il riconoscimento dell'altro, la constatazione empirica del comune nel diverso<sup>55</sup>. In termini sintetici, il nocciolo di queste aporie è il fatto che le geometrie legali della modernità hanno avuto tanto di coerenza, ragionevolezza e praticabilità quanto hanno avuto di non-geometrico.

---

## 11

<sup>51</sup> In questo modo si scioglie l'artificiosa scissione tra norma primaria e secondaria. Una delle più immediate (e gravi) conseguenze del nominalismo è che, riducendo la "specie" che dipende dall'essenza a "classe" che dipende da una convenzione, svuota e fa superflua la nozione di *proprium*, cioè quello che senza appartenere alla essenza di una cosa inerisce ad essa in modo necessario (come il riso rispetto dell'uomo). La conseguenza immediata è che tutto ciò che si può affermare sempre di una cosa diventa parte della sua definizione, modificando radicalmente il suo concetto, come succede appunto con la sanzione rispetto della legge. Infatti, la questione della coesistenzialità di pena e legge è un vero *topos* della filosofia giuridica moderna. Per il grado di evidenza con cui la si presenta, valga come esempio per tutti, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.

<sup>52</sup> Per queste proprietà dell'etica moderna, cfr. S. PINCKAERS, O.P., «Liberte et preceptes dans la morale de Saint Thomas», en L.J. Elders e K. Hedwig (a cura di.), *Lex et Libertas. Freedom and Law According to St. Thomas Aquinas. Proceedings of the Fourth Symposium on St. Thomas Aquinas' Philosophy*. Rolduc, November 8 and 9, 1986. Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1987, pp. 15-24.

<sup>53</sup> Cfr. *Reine Rechtslehre* nelle due edizioni del 1934 e del 1960, nonché la *General theory of law and state*.

<sup>54</sup> Cfr. in particolare *Ordinamento Giuridico. Tra virtualità e realtà*, op.cit., pp.43 ss., e *Filosofia del Diritto*, op. cit, pp.199-205.

<sup>55</sup> Nei termini di GENTILE, queste sono, rispettivamente, l'aporia della *Grundnorm* e l'aporia dell'individualismo. Cfr. soprattutto (ma non solo) *Filosofia del Diritto*, op.cit, pp.126-142

Una riproposizione di questi principi, che non potevano altro che essere sempre presenti in modo occulto e sotterraneo in ogni riflessione veramente scientifica sul diritto, getterebbe nuova luce su tutti gli ambiti della conoscenza giuridica<sup>56</sup>.

Così, ad esempio, nel diritto privato il contratto si mostrerebbe come una vera e propria "fonte di diritto", perché la decisione delle parti di stabilire e "servare *pacta sua*" non è una cosa sostanzialmente diversa da quegli atti mediante i quali l'autorità promulga una legge e il singolo fa di essa il principio delle sue azioni. In realtà, si tratta sempre dell'ordinazione degli atti singolari verso un bene che non può che essere comune alle parti e alla società in quanto tale<sup>57</sup>.

Nel diritto penale, la dottrina della partecipazione spiega come mai la pena possa essere richiesta ed applicata al malfattore contro la sua volontà. Perché non si tratta qui soltanto di un bene della società, rispetto del quale il delinquente diverrebbe uno strumento, ma di un bene che è veramente comune a tutti i membri, anche (e in primo luogo) all'autore del reato; un bene che, infatti e nonostante le apparenze, lui ama come ama il suo proprio bene particolare. E così, chi ha subito una giusta pena è di nuovo partecipe del bene comune che respingeva, anche se continuassi a respingerlo<sup>58</sup>.

Nella stessa filosofia politica, il principio è indispensabile per riconoscere la propria funzione e rilevanza al necessario consenso dei membri della società, consenso che, pur non essendo causa della legittimità dei regimi, come vuole il liberalismo, è condizione assolutamente indispensabile per la costituzione della società politica. In ultima analisi, la concordia politica ci si manifesta come vera e propria causa efficiente dello Stato<sup>59</sup>.

Infine, questa tesi permette di comprendere la giurisprudenza come un sapere pratico, cioè direttivo dell'azione, e l'intera esperienza giuridica come ordine e ordinazione delle condotte interattive<sup>60</sup> o delle relazioni intersoggettive, il cui ripristino costituisce il compito centrale del giurista<sup>61</sup>.

In primo luogo perché, come affermava Capograssi<sup>62</sup> e la sua scuola, essa riporta alla luce *la centralità del processo nell'esperienza giuridica*, il quale diventa il *locus* paradigmatico dell'ordinazione, il momento in cui l'ordine razionale delle relazioni sociali, minacciato da un conflitto fra interessi incompatibili, è ripristinato per l'intera società attraverso l'opposizione dialettica delle ragioni di tutti gli interessati, ai quali si permette ed esige di far pubblicamente presente il modo in cui intendono il giusto concreto, oppure, il che è lo stesso, il modo singolare in cui si considerano partecipi di quel bene comune che tutti cercano. Così, la soluzione del processo, con tutti i limiti della conoscenza umana, non sarà già una decisione imposta da qualcuno che è più forte di tutte le parti, ma una scoperta in comune del *suum cuique*, di ciò che è dovuto a ciascuno secondo il modo concretissimo della sua reale partecipazione nella società<sup>63</sup>.

Ma soprattutto, ci fa capire quella concrezione abituale e spontanea dell'ordine giuridico, fisiologica e non già patologica, vero cuore dell'esperienza giuridica, che è l'obbedienza ordinaria e quotidiana delle leggi. L'efficacia della legge come partecipazione reale dei suoi fini nella comunità politica spiega come non sia necessaria una intenzione espressa di obbedienza, perché ogni atto virtuoso è ordinato

---

## 12

<sup>56</sup> Lo stesso Gentile propose diversi esempi di applicazioni concrete in *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, op. cit., opera nella quale presenta e sviluppa questa tesi.

<sup>57</sup> Sull'esistenza di un bene comune *minor* stabilito dai contratti, diverso e subordinato a quello *maior* della società politica, cfr. D. Aliotto, *La Justicia de los Contratos. Diléctica y principios de los contratos privados*, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", Buenos Aires, 2009.

<sup>58</sup> Anche se la conclusione può sembrare simile, siamo lontani della visione hegeliana della pena. La pena è un male *secundum quid* in quanto reca dei danni; è un bene *simpliciter* nella misura in cui è il *suum cuique*, è quello che spetta a qualcuno. In termini assoluti costituisce un bene; non perché "nega" o si "oppona dialetticamente" al torto, ma perché è l'atto che restaura l'uguaglianza in cui consiste la giustizia e pone le condizioni per la rettificazione della volontà ingiusta (Cfr. San TOMMASO, *De Malo*, q.1; *S.Th.* II-II, q.108)

<sup>59</sup> Vid. F.A. LAMAS, *La concordia política*, op.cit.

<sup>60</sup> Cfr., per esempio, F.A. LAMAS, "El bien común político", op.cit.

<sup>61</sup> Cfr. F.GENTILE, *Filosofia del Diritto*, op.cit.

<sup>62</sup> Cfr. "Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)", op.cit.

<sup>63</sup> F. GENTILE, *Filosofia del Diritto*, op.cit., pp.219-228; A. BERARDI (a cura di), *Il processo e la conversione del conflitto*, Cedam, Padova, 2009; E. ANCONA, "Sul "giusto processo", ovvero della giustizia e della verità nel processo)" in *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica*, op.cit., pp.105-129.

al bene comune nella precisa misura in cui è virtuoso, e pertanto, realizza spontaneamente l'ordine della giustizia legale, che è l'ordine delle leggi. In questo modo, riporta il problema dell'efficacia della legge a quell'ambito dal quale non sarebbe mai dovuta uscire: quello della normale vita sociale dell'uomo comune, fatta semplicemente di lavoro, amichevole convivenza e virtù, il quale obbedisce naturalmente e senza mai accorgersi ad un numero sterminato di leggi la cui esistenza nemmeno conosce, e che (magari) non vedrà in vita sua un tribunale di giustizia dall'interno. Cioè spiega in che modo l'autonomia del singolo è il vero fulcro dell'ordine giuridico.