

IL CONTRIBUTO DI JACQUES MARITAIN ALLA DEFINIZIONE DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

FRANCESCO VIOLA

1. Maritain e il diritto

La domanda a cui vorremmo rispondere in queste pagine è la seguente: qual è lo statuto epistemologico della filosofia del diritto per Jacques Maritain?

Si tratta di una questione abbastanza circoscritta riguardante l'oggetto e il metodo della filosofia del diritto piuttosto che i suoi contenuti problematici. Si tratta di collocare la ricerca filosofico-giuridica all'interno della costellazione generale del sapere filosofico per coglierne la ragion d'essere e la relativa autonomia metodica.

Dichiaro subito di non essere un esegeta del pensiero maritainiano. Non solo me ne manca la competenza e la conoscenza bibliografica, ma anche l'interesse. Viviamo in un'epoca in cui è assurdo pensare che vi sia un pensatore che possa far fronte a tutti i nostri principali problemi filosofici. Ciò ovviamente non significa che non vi siano punti di riferimento privilegiati da cui traiamo sempre illuminazione ed orientamento. Per me Jacques Maritain è uno di questi.

Credo che il modo più efficace e serio di mostrare la ricchezza e l'attualità di un pensatore non sia quello di esporre la sua dottrina, ma quello d'interpellarlo sulle problematiche di cui abbiamo già una certa esperienza e conoscenza. Io ho una certa dimestichezza con i problemi della filosofia del diritto e m'interrogo spesso sul suo statu-

to epistemologico e sulla natura del suo oggetto, che è difficilmente definibile e concettualmente inafferrabile. Tenterò, pertanto, di chiedermi in che modo il pensiero di Maritain possa venire incontro alle mie difficoltà.

Maritain s'è occupato molto poco del diritto, della scienza giuridica e della filosofia del diritto, come anche mostrano i pochi studi in proposito.¹ Certamente nella sua vasta produzione filosofica s'incontrano molti dei temi caratteristici della filosofia del diritto, ma spesso confusi con quelli della filosofia morale, della filosofia politica e della filosofia sociale. Raramente incontriamo una tematizzazione del diritto in senso stretto, né egli dedica alla filosofia giuridica quell'attenzione definitoria che ha rivolto alla filosofia morale o alla filosofia dell'arte, alla metafisica o alle stesse scienze naturali.² La sua conoscenza della scienza giuridica appare essere molto approssimativa e dichiaratamente insufficiente. In questo forse ha pesato la scarsa considerazione che lo stesso S. Tommaso aveva per la propensione dei giuristi alla metafisica. In ogni caso il diritto positivo è uno dei temi più trascurati della riflessione maritainiana.

Dovremmo allora concludere che Maritain non possa in senso proprio essere considerato un filosofo del diritto?

Credo che questa conclusione s'imporrebbe in tutta onestà se non fossimo venuti a conoscenza delle lezioni sulla legge naturale, tenute in Francia nel 1950 e rimaste per lungo tempo inedite.³ Non voglio dire che quest'opera colmi quella lacuna d'interesse per la tema-

¹) Cfr., ad esempio, V. Possenti, *Prospettive di filosofia del diritto nel pensiero di J. Maritain*, in "Jus", 29, 1982, 3, pp. 316-358.

²) A mia conoscenza c'è solo un piccolo scritto di Maritain dedicato *ex professo*, almeno a detta del titolo, alla filosofia del diritto ed è uno scritto d'occasione non particolarmente rilevante e significativo: J. MARITAIN, *La philosophie du droit*, in R. O'Sullivan (ed.), *The King's Good Servant*, Blackwell, Oxford, 1948, pp. 40-48 (trad. it. di A. Viotto in "Humanitas", 1982, 3, pp. 412-420). Segnalo che questo scritto non è stato inserito (e ne ignoro il motivo) nel vol. IX delle *Œuvres Complètes* dedicato al periodo 1947-1951, arco di tempo particolarmente importante per la riflessione maritainiana sui temi della filosofia morale, politica, sociale e giuridica.

³) Il testo inedito di queste lezioni è stato pubblicato in lingua italiana (*Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di F. Viola, Jaca Book, Milano 1985) prima ancora dell'originale francese (*La loi naturelle ou loi non écrite*, a cura di G. Brazzola, Éditions

tizzazione del diritto. L'argomento affrontato, cioè quello della legge naturale, è ricorrente nella problematica maritainiana concernente la filosofia morale e politica e si trova anche altrove adeguatamente sviluppato. C'è qui - è vero - una particolare accentuazione della conoscenza per connaturalità come caratteristica specifica della legge naturale. Ma di questa particolare tesi di Maritain già eravamo edotti da altri scritti.⁴ Voglio dire, invece, che nelle lezioni sulla legge naturale c'è per la prima e l'unica volta lo sforzo di disegnare una piccola mappa del sapere concernente il diritto. Si tratta appena di un abbozzo incompiuto e supportato da schemi non sufficientemente illustrati e, tuttavia, in grado di delineare in modo inequivocabile il compito e il ruolo che Maritain ha assegnato alla filosofia del diritto.⁵

Si sa che Maritain avrebbe voluto dedicarsi a un'opera sulla filosofia del diritto. Ebbene io credo che le *Nove lezioni sulla legge naturale* possano considerarsi un abbozzo iniziale di questo suo progetto. Ed è indicativo che egli aspettasse per definirle gli aggiornamenti di antropologia culturale e giuridica che aveva commissionati a dimostrazione della convinzione del carattere culturale del diritto e del suo radicamento nella prassi concreta delle società umane.

Questo carattere del tutto peculiare delle lezioni sulla legge naturale non mi sembra sia stato sufficientemente sottolineato dalla letteratura maritainiana, fuorviata dalla apparente ricorrenza del tema trattato e non attenta al modo diverso di accostarsi al diritto,⁶ non

Universitaires, Fribourg, 1986), che sulla scorta di un'ulteriore documentazione contiene, oltre a diverse modifiche, anche una decima lezione sul Decalogo e, conseguentemente, porta un diverso titolo.

⁴ Le prime due lezioni erano state in buona parte già pubblicate con il titolo *Natural Law and Moral Law*, in R. Nanda Anshen (ed.), *Moral Principles of Action: Man's ethical Imperative*, Harper and Brothers, New York, 1952, pp. 62-76, mentre sulla conoscenza per connaturalità era già apparso l'importante articolo *On Knowledge through Connaturality*, in "The Review of Metaphysics", 4, 1951, 4, pp. 473-481 (ora, con l'originale francese a fronte, in *Œuvres Complètes*, Éditions Universitaires, Fribourg, 1990, vol. IX, pp. 980-1001).

⁵ Mi riferisco soprattutto alla quinta lezione e alla Tavola di p. 128 dell'edizione italiana.

⁶ Ciò vale a maggior ragione per i filosofi del diritto, che, in genere, a differenza dei filosofi della politica e della società, si sono mostrati poco sensibili al pensiero maritainiano.

più soltanto nell'ottica della filosofia morale e politica ma in quello proprio di una filosofia giuridica.

Prima di inoltrarci in quest'argomento bisogna chiarire in che senso sia lecito cercare nel pensiero maritainiano lo spazio della filosofia giuridica.

Credo che si possa sviluppare la riflessione filosofico-giuridica in due modi che si distinguono per il punto di partenza e per la finalità della ricerca. Il primo modo è quello che parte dall'esperienza giuridica concreta per riflettere sulla sua struttura e sul suo fondamento al fine di definire i caratteri precipui della giuridicità. Il secondo è quello che parte da un orizzonte ben più vasto, che è quello della vita pratica nelle sue modalità principali (morale, economia, diritto e politica) e nel descrivere questa complessa articolazione della ragion pratica si sofferma a precisare al suo interno il ruolo del momento giuridico. Non si tratta di distinguere - come è stato fatto - una filosofia del diritto dei giuristi da una filosofia del diritto dei filosofi, perché anche la prima è sotto tutti i riguardi "filosofica" in quanto fondata sul piano teoretico. Si tratta invece di aver presente la distinzione tra scienza filosofica e sapienza. Mentre la prima è tesa a definire il suo oggetto, distinguendolo e delimitando nel modo più preciso e rigoroso possibile, la seconda guarda alle interrelazioni tra i vari campi del sapere e si colloca su di un monte più elevato per ritrovare il senso vivo della realtà che è impoverito irrimediabilmente dalle nostre architetture concettuali. Distinguerai, pertanto, una filosofia del diritto nell'ottica della scienza da una filosofia del diritto alla luce della sapienza.

Senza dubbio Maritain è un filosofo del diritto in quest'ultimo senso, come lo sono stati tutti i grandi filosofi della storia del pensiero umano. Il loro sguardo è rivolto all'intero dell'umana esperienza e, quindi, anche al diritto in quanto una delle modalità esistenziali attraverso cui si manifesta il nostro essere uomini nella storia e nel rapporto con altri uomini. In tal senso la filosofia del diritto si sviluppa attraverso un discorso mai esclusivamente confinato all'ambito dell'esperienza giuridica in senso stretto, ma piuttosto attento alle interrelazioni di questa con gli altri ambiti della vita pratica. Nella prassi concreta non si dà mai diritto allo stato puro, ma sempre insieme ed inscindibilmente diritto e politica, diritto e morale, diritto ed econo-

mia. Ed allora queste categorie di pensiero appaiono in tutta la loro astrattezza e funzionalità rispetto alla realtà di cui esse parlano ed a cui riconducono come alla loro radice e fonte, cioè all'essere uomo in tutta la pregnanza di questo mistero. Siamo così messi in guardia dal pericolo del separatismo conoscitivo che grava sulle filosofie settoriali o sulle filosofie al genitivo, il cui merito è senza dubbio una più maggiore precisione dei concetti, ma il cui rischio è quello dello smarrimento della concretezza e complessità dell'esperienza umana. In questo senso e da questo punto di vista la filosofia del diritto di Maritain deve essere considerata e valutata.

Tuttavia per arrivare alla sapienza filosofica bisogna passare dalla scienza. La sapienza filosofica, a differenza di quella dei santi, non è qualcosa che si riceva come un dono proveniente dall'alto. Il dono già è dato nella ragione umana illuminata dalla Sapienza divina. Per conquistare la sapienza filosofica bisogna esercitare questo dono, non sottraendosi alla fatica del concetto. Per salire sul monte della sapienza bisogna percorrere le vie del mondo e sapersi orientare in esso, distinguendo le cose l'una dall'altra. La scienza divide, mentre la sapienza unisce. Ma per cogliere l'unità bisogna prima essersi resi conto della distinzione. Ed è proprio sul piano della scienza filosofica del diritto che - come s'è detto - il pensiero di Maritain appare lacunoso ed impreciso. Il mio tentativo sarà allora quello di mostrare che nello stesso pensiero maritainiano sono presenti risorse che, se fatte fruttificare, sono in grado di colmare questa lacuna.

2. La filosofia del diritto e i gradi del sapere

Dobbiamo iniziare il nostro cammino con una veloce rivisitazione della mappa del sapere filosofico che Maritain ha tracciato fin dai primi anni della sua riflessione e ha poi costantemente revisionato e perfezionato alla luce delle ricerche settoriali.⁷

⁷) I due testi particolarmente rilevanti sono gli *Elementi di filosofia*, trad. di G. Cusiano, Massimo, Milano, I, 1988, che, apparsi nel 1921, hanno avuto più di trenta edizioni, e, ai nostri fini, soprattutto *Distinguere per unire o i gradi del sapere*, trad. di E. Maccagnolo, Morcelliana, Brescia 1981², apparso nel 1932.

È inutile - come s'è già anticipato - andare a cercare in questa panoramica ogni riferimento al diritto, alla scienza giuridica e alla filosofia del diritto. C'interessa per il momento la grande divisione tra l'ordine della conoscenza speculativa e l'ordine della conoscenza pratica, tra il conoscere per conoscere e il conoscere per agire. Non si tratta di una divisione delle cose da conoscere o dell'oggetto materiale della scienza, ma del modo in cui la conoscenza umana si muove verso l'essere e del suo fine.⁸ All'interno di ognuno di questi ordini noi incontriamo le scienze di tipo sperimentale e le scienze di carattere filosofico, che Maritain chiama "saggezze".

Nell'ordine pratico le scienze filosofiche propriamente dette per il loro carattere *speculativamente pratico* sono soltanto la *filosofia dell'arte* e la *filosofia morale* (o l'Etica). Non si tratta di una pura e semplice divisione di campi, perché la finalità generale dell'ordine pratico è quella di procurare il bene dell'uomo e, pertanto, il suo principio fondamentale è il bene supremo dell'uomo, che è la ragion d'essere ultima della ricerca dei beni particolari. Conseguentemente, tale finalità si realizza propriamente nella filosofia morale e, molto imperfettamente, nella filosofia dell'arte. L'arte, infatti, mira alla perfezione dell'opera da farsi e non già a quella dell'uomo. In questo senso alla filosofia dell'arte difetta la pienezza della dimensione "pratica", se questa s'intende non nel senso dell'operatività ma in quello della finalità propria dell'ordine pratico. Questo si definisce per il suo fine ultimo che è il bene supremo dell'uomo. L'arte appartiene all'ordine

⁸) «La filosofia speculativa considera l'uomo e l'esistenza umana dal punto di vista non delle condizioni storiche, ma delle strutture e delle necessità intelleggibili, dell'essenze da conoscere... Al contrario la filosofia pratica considera l'uomo e l'esistenza umana dal punto di vista concreto e storico che li conduce al loro fine, dal punto di vista degli atti umani da porsi nell'essere, *hic et nunc*, conformemente alle loro regole. Sia l'uno che l'altro, il sapere speculativo e il sapere pratico, differiscono caratteristicamente fin dall'origine: il primo si innalza verso l'intemporale attraverso i tre momenti di rappresentazione astrattiva; il secondo ridiscende verso il temporale secondo un flusso continuo di pensiero che, dopo un momento in cui lo speculativo si mescola ancora con il pratico, e che è la filosofia pratica stessa, non si arresta che ad un ultimo momento tutto pratico, che è il giudizio prudenziale». J. MARITAIN, *Scienza e saggezza*, trad. di P. Viotto, Borla, Torino 1980, pp. 149-150.

pratico, perché le sue conoscenze sono volte a guidare l'opera, ma il suo fine non è la perfezione morale dell'uomo bensì quella della cosa da fare. Per questo, mentre si deve riconoscere che la filosofia dell'arte, soprattutto per quanto riguarda il bello, ha principi speculativi propri ed è vera e propria scienza filosofica, tuttavia è "pratica" in senso molto debole e imperfetto e conserva stretti rapporti con l'ordine speculativo. Nell'ordine pratico la scienza regina è senza dubbio la filosofia morale.⁹

La filosofia morale o l'Etica è, dunque, in base alla mappa maritainiana del sapere filosofico, la vera e propria "scienza pratica" in senso filosofico, poiché procede «*dimostrativamente in materia obbligata* e comporta *una verità* che consiste nel *conoscere* le cose conformemente a ciò che è, non nel *dirigere* come si deve un'azione contingente». ¹⁰ Se è vero che l'Etica è *scienza* in senso proprio, tuttavia essa è *pratica* solo in modo indiretto in quanto dirige da lontano l'azione concreta. Le altre scienze pratiche¹¹ elaborano le regole per la guida delle azioni particolari alla luce della virtù della prudenza o dell'arte. In ragione della contingenza della loro materia e del suo carattere particolare esse non sono vere e proprie scienze, mentre sono in senso stretto "pratiche".

A questo punto è interessante notare¹² che nella quinta delle *Nove lezioni sulla legge naturale* Maritain parla esplicitamente della scienza e della filosofia del diritto e le colloca entrambe nell'ambito dell'arte, cioè dell'opera di determinazione delle forme comuni adatte a un determinato scopo particolare. Si deve dunque ritenere che la scienza giuridica appartenga a quest'ultimo gruppo di discipline e che la filosofia del diritto si debba considerare nell'ambito più generale della

⁹) La filosofia morale procede in modo pratico quanto alle condizioni dell'oggetto conosciuto, che è l'atto umano considerato in relazione ai suoi fini e ai suoi principi, e al processo del ragionamento e in modo speculativo quanto ai mezzi dell'apprendere e del giudicare. Cfr. J. MARITAIN, *I gradi del sapere*, cit., p. 541.

¹⁰) J. MARITAIN, *Elementi di filosofia*, cit., p. 116, n. 6.

¹¹) Qui Maritain esemplifica, indicando la medicina, l'architettura e l'arte militare. La scienza giuridica non viene mai menzionata in queste esemplificazioni.

¹²) Come avevo già fatto nella mia traduzione delle *Nove lezioni sulla legge naturale* a p. 131, n. 19.

filosofia dell'arte. La giustificazione di ciò consiste nel fatto che entrambe si occupano delle leggi positive, che sono determinazioni contingenti operate dalla ragione umana in occasione di circostanze storiche particolari e in accordo con la legge naturale senza tuttavia che si possa parlare di una necessità della natura.

Maritain individua l'oggetto proprio non solo della scienza giuridica (il che è ovvio), ma anche della filosofia del diritto nel diritto positivo e non già nella legge o nel diritto naturale. Ciò non è usuale nella tradizione del pensiero giusnaturalistico, mentre lo è in quella del pensiero giuspositivistico.¹³ Che la filosofia del diritto abbia ad oggetto il diritto positivo e che si iscriva in quest'ottica nella filosofia dell'arte sono affermazioni inusuali per un giusnaturalista e perciò debbono essere ben capite in tutte le loro implicazioni.

L'incomunicabilità ben nota tra filosofi del diritto di orientamento giusnaturalista e filosofi del diritto di orientamento giuspositivista non è solo e soprattutto dovuta alla contrapposizione delle rispettive concezioni del diritto, ma piuttosto al ben diverso modo d'intendere la natura e le finalità della loro disciplina. E' un dialogo tra sordi, ovvero tra studiosi interessati a cose ben diverse. Il giusnaturalista tende a considerare vero diritto solo il diritto naturale e vede nel diritto positivo solo un fenomeno empirico la cui validità riposa tutta nella sua conformità al diritto naturale. Il giuspositivista considera ogni evasione dalla positività del diritto un tradimento dell'oggetto di studio e considera il suo rivale come perduto in un mondo meta-empirico fittizio o almeno irrilevante per la comprensione del diritto positivo. L'accusa più comune che i giuspositivisti, non sempre a torto, rivolgono ai giusnaturalisti è quella di duplicare l'oggetto "diritto", sovrapponendo al sistema giuridico positivo un fantasmagorico ordinamento giuridico naturale. A queste condizioni ogni dialogo tra loro è evidentemente impossibile, perché per comunicare bisogna avere un terreno comune e, in questo caso, ciò non può che essere l'identità dell'oggetto formale di studio. E' molto interessante constatare

¹³) Cfr. ad esempio G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrecht, als einer Philosophie des positiven Recht*, Berlin 1798; J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of the positive Law*, London 1861-1863.

che la concezione maritainiana abbatte questa barriera dell'incomunicabilità, accettando con piena consapevolezza il terreno scelto dall'avversario: l'oggetto della filosofia del diritto è, e non può che essere, il diritto positivo. Ma ovviamente ciò non significa affatto accettare una concezione positivistica del diritto positivo.

A questo punto la distinzione tra giusnaturalismo e giuspositivismo viene ricondotta alle sue esatte dimensioni. Essa non è la disputa sull'esistenza o meno di un supposto diritto naturale alternativo o concorrente al diritto positivo, ma è in realtà il confronto tra due modi di concepire il diritto positivo stesso.¹⁴ Su questa base il dibattito tra le due posizioni diviene possibile.

3. Il diritto positivo come opera

A questo punto la domanda più naturale non può che riguardare l'approccio maritainiano al diritto positivo. Credo che si possa affermare, anche se i riscontri testuali sono scarsi, che per Maritain il diritto positivo appartiene innanzi tutto al mondo dell'arte, cioè al mondo del *fare* e non già a quello dell'*agire*.

L'arte in quanto virtù che rettifica il fare è rivolta alla perfezione della cosa da produrre e non già in primo luogo al bene umano. L'arte è una virtù intellettuale che implica la conoscenza di ciò che viene prodotto e delle regole o dei procedimenti per produrlo.¹⁵

Affermare, pertanto, che il diritto positivo richiede la virtù dell'arte significa considerarlo come un'opera da produrre, cioè come un ordinamento esteriore delle azioni umane promosso e garantito da un'autorità.¹⁶ Questo non vuol dire affatto che il diritto positivo debba essere identificato con un complesso di leggi o di regole della con-

¹⁴ Su questo tema rinvio a G. ZACCARIA (a cura), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1990.

¹⁵ Cfr. J. MARITAIN, *Arte e scolastica*, trad. di A. Pavan, Morcelliana, Brescia 1980, p. 12 ss.

¹⁶ Cfr. J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, cit., p. 63.

dotta umana, come ritiene la concezione normativistica. Tale considerazione infatti parte pur sempre dal presupposto che la giuridicità si debba collocare nell'ambito della moralità governato dalla presenza della "legge". Al contrario la considerazione del diritto come appartenente in primo luogo al mondo dell'arte privilegia la sua *dimensione istituzionale*. Esso si manifesta attraverso strutture esteriori che sono atte a mettere ordine nei rapporti sociali, a distribuire in modo equo i beni sociali e a riparare i torti, ripristinando il giusto nelle relazioni tra le persone e tra le persone e le cose.

Quell'opera da compiere, in cui consiste il diritto, è pertanto questo ordinamento delle relazioni sociali, questo assetto esteriore di una società ordinata e non già la perfezione morale delle persone o il loro valore morale.

Ogni concezione filosofico-giuridica che parta dal primato della norma è inevitabilmente una concezione "morale" del diritto, anche nel caso del giuspositivismo più empirico e fattualistico. Secondo la concezione moderna dell'etica le azioni e i comportamenti saranno giusti nella misura in cui si conformeranno a regole giuste e queste ultime saranno tali nella misura in cui si ispireranno a concezioni ideali di giustizia, nobili quanto si vuole, ma irrimediabilmente segnate dall'astrettezza. Nel diritto romano e nella tradizione giuridica medioevale, invece, si parla del diritto come della *res justa*. Il giusto è nelle cose, cioè nelle azioni e nelle situazioni prima ancora che nelle regole.¹⁷ Per questo non si deve dedurre il diritto dalla regola, ma, partendo dal giusto che esiste nelle cose, si può cercare di ricostruire la regola. Questa è la sostanza del detto del giurista romano Paolo: *Jus non a regula sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*.

Il diritto positivo è dunque il risultato di un'opera di contestualizzazione e di determinazione dei rapporti sociali in riferimento a una data società dotata di certe risorse e di particolari usi e costumi.

Quest'opera richiede una tecnica giuridica apposita, che è tradi-

¹⁷⁾ Ha insistito efficacemente su questa differenza tra la concezione classica e quella moderna del diritto Michel Villey, che da ultimo ha mostrato quanto la problematica attuale dei diritti dell'uomo sia ostacolata dalla confusione tra diritto e morale. Cfr. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983.

zionalmente considerata un'arte in quanto richiede l'abilità di ritrovare in concreto il giusto rapporto tra le persone e tra queste e le cose. Nulla del genere v'è nella concezione moderna della tecnica giuridica, che è a servizio di un processo di tipizzazione delle situazioni giuridiche per il loro trasferimento in una dimensione astratta che le metta a contatto con una legge in qualche modo dotata di universalità. Si può dire che la concezione del diritto positivo nei termini dell'*ars* si muove verso la concretezza dell'assetto dei rapporti sociali con metodo pratico e *compositivo*,¹⁸ mentre quella moderna nei termini di una tecnica normativa aspira a elevare le situazioni particolari al piano di una legislazione tendenzialmente universale. L'arte giuridica va verso il giusto in concreto, la tecnica normativa moderna vuole ricondurre il concreto all'astratto della fattispecie giuridica disegnata dalla legge.

La scienza giuridica sarà allora una scienza pratica nello stesso senso in cui lo è la medicina, che è l'esempio preferito dalla tradizione. Come la medicina, che si distingue in una parte teorico-pratica ed in una pratica-pratica, anche nella giurisprudenza possono individuarsi entrambi gli aspetti, com'è evidente dalla stessa ambiguità del termine. Con "giurisprudenza" s'intende sia lo studio dogmatico dei concetti giuridici (parte teorico-pratica), sia la pratica giuridica dell'applicazione delle leggi (parte pratico-pratica). Qui, come avviene in tutto il campo dell'arte, tra scienza pratica e pratica concreta c'è piena comunanza dell'abito intellettuale, mentre si distinguono soltanto per una diversa accentuazione dei due aspetti formali dello stesso abito (aspetto teorico-pratico ed aspetto pratico-pratico).¹⁹

Nel diritto le cose si complicano ulteriormente in quanto il diritto positivo stesso non è l'insieme delle leggi, ma l'insieme delle pratiche di applicazione delle leggi. Il diritto positivo non è solo il prodotto di un'arte, ma è quest'arte stessa. Ho già avuto modo di notare la singolarità dei rapporti della scienza giuridica con il suo oggetto. Nessuno potrebbe affermare che la natura sia prodotta dalla scienza della natura, eppure si può affermare che in certo qual modo il diritto è pro-

¹⁸) J. MARITAIN, *I gradi del sapere*, cit., pp. 368 e 547.

¹⁹) *Ib.*, p. 550.

dotto dalla scienza del diritto. Non mi riferisco tanto ai casi in cui la scienza del diritto è in senso proprio una delle fonti del diritto, ma soprattutto alla considerazione che il diritto positivo è formato e formulato con l'apporto dei giuristi e dei suoi utenti.²⁰ Ciò è particolarmente evidente nell'epoca della codificazione. I codici sono il frutto della scienza giuridica che contribuisce in modo decisivo alla sostituzione del diritto consuetudinario o giudiziale con un *diritto scientifico*, cioè marcatamente razionalizzato. Di conseguenza diritto positivo e scienza giuridica sono due facce della stessa medaglia piuttosto che due piani diversi e ben distinti di discorso.

4. La filosofia del diritto come filosofia dell'arte

La riconduzione del diritto positivo al mondo dell'arte più che una soluzione dell'interrogativo filosofico è l'apertura del problema capitale della riflessione su di esso. Quest'opera esteriore da compiere nella vita sociale ha per oggetto azioni umane e strutture di libertà ed è per questo che essa interessa anche in qualche modo il bene umano e la dimensione morale. Anche la medicina ha per oggetto un bene umano qual è quello della salute del corpo, ma nel diritto l'opera da compiere ha un carattere culturale e spirituale e ha a che fare con il bene della giustizia. D'altronde la definizione classica della giurisprudenza come *ars boni et aequi* manifesta con chiarezza l'impossibilità di trascurare la dimensione morale nella conoscenza del diritto. Tutto ciò mette a dura prova le ripartizioni del sapere filosofico: c'è un'opera esteriore che tuttavia riguarda il bene morale e che si trova contesa tra il mondo del fare e quello dell'agire.

La filosofia deve innanzi tutto portare il suo sguardo sul diritto positivo e sulla scienza giuridica, sull'opera giuridica e sull'arte del diritto e non può farlo se non ponendosi dal punto di vista dei con-

²⁰⁾ Cfr. F. VIOLA E M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Giappichelli, Torino 1989.

cetti e dei principi più universali e più elevati della conoscenza umana. Il suo carattere pratico ora risiede più nell'oggetto e nel fine della conoscenza che non nel metodo che è speculativo.

La filosofia giuridica in quanto *filosofia del diritto positivo* non può essere considerata che come appartenente alla filosofia dell'arte.²¹ In questo senso essa preciserà che non ci troviamo ovviamente nel campo delle belle arti, ma in quello delle arti dell'utile. Il collegamento tra il diritto e l'*humana utilitas* si ritrova ripetutamente nella tradizione classica. Il diritto positivo appartiene al mondo delle cose utili.

L'utilità dice riferimento a un fine ed è definita e giudicata dal fine a cui serve. Il criterio di misura dell'utilità è il suo fine. Questo fine appartiene all'ambito dei beni umani. E' infatti un bisogno umano che una cosa utile è diretta a soddisfare. Abbiamo detto che il fine del diritto positivo è quello di assicurare una convivenza sociale ordinata sulla base di ciò che è giusto. Si tratta dunque del bene dell'uomo che nella socialità trova non solo un aiuto per la sopravvivenza, ma anche il luogo per il raggiungimento dei beni più elevati della persona, quali la ricerca della verità, la civilizzazione e la cultura.

Il fatto che il diritto sia da annoverare tra le utilità non permette ancora di accettare la sua inclusione nel mondo dell'arte. Anche nella morale abbiamo azioni utili e senza dubbio il diritto appartiene al mondo dell'azione piuttosto che a quello delle cose. D'altronde il fatto che nel diritto positivo sia in gioco il bene morale, cioè che il fine della sua *utilitas* sia la realizzazione della persona come essere associato, sembra rafforzare ulteriormente questa convinzione. Ma allora perché insistere a ricondurre la filosofia del diritto positivo alla filosofia dell'arte?

La differenza tra la considerazione dell'utilità nel campo dell'arte e quella propria del campo morale sta nel fatto che nel primo caso c'è un'opera esteriore, una "cosa", mentre nel secondo si prendono in considerazione le azioni nella loro dimensione immanente o non

²¹) La filosofia dell'arte non può essere ridotta alla "estetica", perché questa denominazione suggerisce l'idea che essa prenda in considerazione solo il bello e non anche l'utile.

transitiva. Ciò ovviamente non significa che nel campo morale non vi sia un aspetto esterno dell'azione, ma esso non si concretizza in una trasformazione del mondo esterno all'uomo, cioè in un'opera. Costruire un letto per soddisfare il bisogno umano di dormire è produrre un'opera utile; risparmiare del denaro per affrontare serenamente la vecchiaia è compiere un'azione utile. Qual è la differenza ai fini del nostro discorso?

La differenza consiste essenzialmente nella rilevanza che ha il fine come criterio di misura dell'utilità. Nell'azione morale il fine a cui è diretta un'azione utile assorbe completamente il suo significato. Infatti nell'ottica del giudizio morale ciò che conta è il fine ovvero il bene da raggiungere, è questo che conferisce qualità morale all'atto utile e lo giustifica. Qualora si risparmiasse al fine di raccogliere una somma per corrompere un pubblico funzionario, l'azione del risparmiare è la stessa ed è ancora utile a raggiungere qualcosa, ma ora la sua qualità morale è cambiata: da positiva è diventata negativa. Il mutamento del fine produce un mutamento nella valutazione dell'azione. Ma sul piano dell'arte non avviene la stessa cosa. Se Procuste costruisce un letto, rispettando le regole d'arte, cioè la procedura propria del costruire letti, e poi lo usa non per dormire, ma nel modo che tutti conosciamo, non possiamo affermare che la cosa prodotta abbia mutato la sua natura. Resta un letto, a patto che sia prodotto secondo le regole apposite. Ciò vuol dire che nella sfera dell'arte il fine per cui una cosa è prodotta o usata non costituisce l'identità della cosa stessa. La cosa utile ha una sua "natura" che non viene meno se cambia il suo uso. C'è un modo corretto di costruire letti, tavoli, barche... che li rende adatti a rispondere alle loro normali finalità. Esso è indipendente dalle intenzioni particolari dell'artefice e dall'uso effettivo degli oggetti prodotti. Un letto fatto a regola d'arte resta letto anche se viene usato impropriamente per rendere gli uomini eguali quanto all'altezza.

Orbene, l'utilità in cui il diritto positivo consiste non assomiglia a quella dell'azione morale, ma a quella dell'opera prodotta. Non è superfluo ricordare che le "cose" prodotte non necessariamente debbono essere materiali. Ci sono anche le opere dello spirito. Il diritto positivo è un'opera della cultura mediante cui la vita sociale viene resa praticabile sulla base degli usi e dei costumi di un popolo. Per

questo non c'è un solo sistema giuridico positivo che valga bene per tutti gli uomini. Se ci sono culture diverse, modi di vita diversi e linguaggi diversi, vi dovrà essere anche una diversità nella formulazione del diritto positivo. Quest'aspetto è stato notoriamente sviluppato da Savigny, ma già il nostro Vico lo aveva perfettamente intuito. Il diritto positivo è la specificazione, la determinazione e l'adattamento delle forme comuni della vita associata alla cultura di un popolo e, pertanto, è esso stesso opera di cultura. Senza il diritto positivo la giustizia non sarebbe praticabile dagli uomini, perché mancherebbero quelle particolari strutture istituzionali della vita associata mediante cui un popolo con una determinata cultura riesce a formulare i criteri di misura delle azioni sociali.

Nell'ambito del fare, cioè dell'attività produttiva, è possibile distinguere le *operazioni*, il cui scopo è quello di conseguire un risultato concreto, e le *prestazioni*, che sono pratiche sociali definite dal modo corretto di eseguirle.²² Per costruire qualcosa bisogna compiere una serie di operazioni, ma il linguaggio o il ragionamento si concretizzano in una serie di prestazioni, che sono governate da regole del ben operare studiate dalla grammatica o dalla logica,²³ cosicché noi possiamo distinguere un modo corretto di parlare o di ragionare da un modo non corretto. Ebbene, il diritto positivo appartiene al campo delle prestazioni. Esso è insieme ed inscindibilmente un complesso di strutture istituzionali governate da regole interne e un insieme di pratiche sociali interpretative che rendono operative quelle strutture nei contesti sociali.²⁴

Da quanto detto si può desumere che il criterio di valutazione del diritto positivo non possa fare a meno di misurarne l'efficacia, cioè la reale operatività nell'ambito sociale. Un diritto positivo inefficace fal-

²²) E. AGAZZI, *Per una riconduzione della razionalità tecnologica entro l'ambito della razionalità pratica*, in S. Galvan (a cura), *Forme di razionalità pratica*, Franco Angeli, Milano 1992, p. 21.

²³) Maritain è pienamente consapevole che la logica è insieme una scienza speculativa e un'arte. Ad esempio, cfr. *I gradi del sapere*, cit., p. 550.

²⁴) Ho sviluppato questa concezione del diritto nel mio, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990.

lirebbe il suo obiettivo primario che è quello di supportare la convivenza sociale. Per il diritto positivo *esistere* vuol dire essere in generale efficace come garanzia della comunicazione sociale, così come si può dire che qualcosa esista come letto o come tavolo solo quando è fatto secondo le regole d'arte. Se un sistema giuridico positivo esiste, è in forza, è operativo, vive come pratica sociale diffusa e altamente partecipata, allora sarà possibile distinguere un modo "giusto" di praticarlo dai modi non corretti. E questo sarà proprio il compito della scienza giuridica, che sta al diritto positivo proprio come la grammatica sta al linguaggio o la logica al ragionamento.²⁵

Il modo "giusto" di praticare un sistema giuridico positivo è quello che consente di raggiungere i fini oggettivi per cui il diritto positivo è apprestato, che sono i fini della pace, dell'ordine e della giustizia nei rapporti sociali. Qui si presenta un'altra differenza tra le produzioni e le prestazioni. Le prime non sono suscettibili di valutazione in termini di gradualità. Una cosa prodotta non può essere più o meno adeguata al suo modello ideale: o lo è o non lo è. Non è possibile dire che qualcosa è un letto o un tavolo solo in una certa misura. Solo quando l'opera d'arte è compiuta si può dire che il suo modello ideale si è realizzato, mentre un'opera d'arte incompiuta non è affatto e in nessun senso ciò che deve rappresentare.²⁶ Invece le prestazioni sono suscettibili di gradualità, poiché consistono in pratiche ripetute e coordinate. Fare un passo di danza è già danzare, collegare parole o pensieri è già parlare o ragionare. Per questo sono suscettibili di diversi gradi di realizzazione che vanno da un minimo di esistenza a un massimo di eccellenza. Noi infatti distinguiamo il danzatore apprendista dal provetto ballerino come gradi di esercizio della stessa abilità o arte. Lo stesso si può dire delle pratiche giuridiche.

Nessuna società umana può sussistere se non c'è un minimo di ef-

25) È questo un paragone ricorrente nelle opere del giurista italiano Francesco Carnelutti.

26) Un essere naturale, invece, che non sia ancora compiuto, cioè sviluppato pienamente, è già comunque quello che sarà. Un'auto senza motore non è un'auto, mentre un bambino è già un uomo. Cfr. H. G. GADAMER, *Studi platonici*, trad. di G. Moretto, Marietti, Casale Monferrato 1983,1, p. 285.

ficacia del diritto positivo, cioè se criteri comuni di misura delle azioni sociali non governano effettivamente e in generale la vita associata. Ciò implica anche un minimo di giustizia che è dato dall'ordine e dalla pace sociale.²⁷ Ma la pratica giuridica non può accontentarsi di questo minimo. Come ogni pratica sociale essa mira all'eccellenza, cioè al raggiungimento pieno e completo della giustizia. Chi intraprende una carriera artistica mira all'eccellenza della prestazione e di rado è pago della mediocrità. Così anche nel diritto positivo i suoi operatori ed utenti mirano alla massimizzazione della giustizia. Un sistema giuridico positivo che esiste nel senso già indicato spesso è ostacolato dall'interferenza di fattori non giuridici ed in primo luogo da quelli politici. Poiché la giustizia è questione di grado, vi possono essere ostacoli al raggiungimento della sua eccellenza in relazione a situazioni particolari in cui si evidenzia in modo più elevato il contrasto degli interessi. Il potere politico può perdere la sua funzione di servizio nei confronti del bene comune e diventare uno strumento degli interessi di un gruppo o di una classe di soggetti sociali. Allora sarà difficile ripristinare l'eguaglianza e senza eguaglianza non può esservi giustizia. Voglio dire che c'è una logica interna al diritto positivo, c'è una "natura" del diritto,²⁸ c'è un'identità propria della pratica giuridica e una sua finalità immanente, ma anche che essa, per molteplici ragioni, può non avere successo o totalmente o in qualche misura.

Ed allora di fronte a una data situazione sociale noi siamo chiamati a stabilire se esista o meno il diritto positivo, se questo sia praticato bene o male e quali siano le ragioni della pratica giuridica *infelice*. Solo nel primo caso, cioè nel caso del vuoto giuridico o dell'assenza

²⁷) Per questo motivo non condivido i giudizi sommarî sui sistemi giuridici dei regimi totalitari. Non si può dire che tutte le pratiche giuridiche presenti nel regime nazista o in quello staliniano siano ingiuste. E' la totale subordinazione del diritto alla politica (e ad una politica non rispettosa dei diritti della persona) che rende impossibile al primo di portare a compimento se stesso e di raggiungere l'eccellenza.

²⁸) Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto naturale*, in "Digesto delle Discipline Privatistiche", sez. civile, VI, Utet, Torino 1990.

del diritto positivo, caso che si può considerare non normale o eccezionale,²⁹ si può far ricorso al diritto naturale (o all'equità), che non è un ordinamento giuridico effettivo, ma solo un ordine virtuale normalmente incorporato o inglobato in senso interpretativo nelle pratiche giuridiche storiche. Il diritto naturale è in senso molto debole "diritto", cioè ordinamento e struttura concreta e determinata dei rapporti sociali, perché manca dell'aspetto istituzionale, non ha un'autorità propria che lo fa valere, né propri tribunali.³⁰

Dobbiamo ora raccogliere sinteticamente i risultati di questa prima esplorazione del mondo del diritto alla luce delle suggestioni maritainiane.

Il diritto positivo appartiene al mondo dell'arte, cioè del fare. Si tratta propriamente non già di una serie di operazioni, ma di un complesso di prestazioni. Esse consistono in azioni ed in istituzioni, in strutture storico-concrete legate all'assetto sociale ed in regole elaborate dalla ragione umana contestualizzata. La scienza giuridica è la parte teorico-pratica dello stesso diritto positivo. La filosofia del diritto positivo appartiene, pertanto, - come s'è detto - alla filosofia dell'arte.

5. Anomalie delle regole dell'arte giuridica

Quanto fin qui detto deve essere pur sempre compreso alla luce della concezione classica del diritto, per cui esso è nella sostanza *misura* delle azioni sociali. Sia per Aristotele che per S. Tommaso il diritto è la misura di ciò che è dovuto a ciascuno. Se qualcuno può vantare un titolo a qualcosa, è perché esiste una misura già preesistente in base a cui qualcosa deve essergli attribuita. Questa misura istituisce un'eguaglianza tra i cittadini, li tratta da eguali e ripristina

²⁹⁾ Qui il riferimento al processo di Norimberga è d'obbligo.

³⁰⁾ J. MARTAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, cit., p. 65.

l'eguaglianza laddove essa è venuta meno. L'insieme di questi eguagliamenti o aggiustamenti all'interno del corpo sociale è ciò che costituisce l'ordine giuridico e concretizza il giusto.

Il problema capitale del diritto è, dunque, quello dell'individuazione della giusta misura in base a cui giudicare, regolare e valutare le azioni sociali. Non qualsiasi misura infatti può costituire "diritto" in senso proprio, ma una misura che sia "giusta".

La tradizione filosofica a partire da Aristotele ha distinto un giusto per natura da un giusto per legge. Se la misura è tratta dalla natura stessa delle cose (cioè dei rapporti tra le persone e tra queste e i beni), allora avremo una misura obiettiva che non dipende dall'arbitrio umano.³¹ Se invece essa è formulata sulla base di convenzioni o di accordi, allora questa misura sarà contingente e relativa a una determinata cultura e a un determinato assetto sociale.³²

Questa distinzione è stata interpretata come equivalente alla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo. Di conseguenza il diritto naturale è stato inteso come un ordine assoluto ed eterno delle regole giuste per natura e il diritto positivo il loro contingente adattamento alle situazioni storiche. Ma in tal modo non si rispetta quella nozione di diritto che abbiamo sopra indicato. In realtà il diritto in senso proprio, cioè in quanto inteso come un ordinamento effettivo di rapporti e di regole sociali sostenuto da un'autorità politica e garantito da tribunali, è solo il diritto positivo. La distinzione tra giusto per natura e giusto per convenzione è interna allo stesso diritto positivo e attiene al problema filosofico della sua identità e della sua formazione.

Abbiamo detto che un'opera d'arte si definisce dalle regole per la sua produzione. Un letto è ciò che è prodotto secondo le regole d'arte riguardanti il modo in cui si costruiscono i letti e è da esse individuato e definito. Allora la nostra questione può essere così formulata: quali sono le regole d'arte per produrre diritto ovvero per far sì che s'individuino quei criteri di misura delle azioni sociali in cui il diritto

³¹) *Etica Nicomachea*, V, 7. Cfr. anche A. SERIAUX, *Le droit naturel*, PUF, Paris 1993, p. 33.

³²) S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 2.

consiste? La distinzione tra giusto per natura e giusto per convenzione attiene a questo problema ed è quindi del tutto interna al problema della comprensione e dell'individuazione del diritto positivo. Ci dovrebbero, dunque, essere delle regole per la formazione del diritto positivo che riguardano questo "giusto per natura".

Conseguentemente la filosofia del diritto porta su di esse la sua attenzione e si chiede se ve ne siano, quali siano e se siano "regole tecniche" come le altre.

La riflessione filosofica sul diritto positivo s'è dunque incontrata con la questione dell'individuazione dei suoi criteri di elaborazione. Il diritto positivo è una formazione culturale ed è quindi ovvio che ci si interroghi sui processi della sua produzione e sui criteri ispiratori di essa. La questione è se tra le fonti del diritto positivo vi sia anche il riferimento a ciò che è "giusto per natura", cioè a ciò che è dovuto a una persona non già in virtù di convenzioni, di accordi o per la volontà del sovrano ma in quanto le spetta per natura. Che qualcosa spetti "per natura" significa che il titolo non dipende da un particolare contesto storico o culturale, ma dal fatto stesso di essere una persona. L'essere persona costituisce un vincolo e un criterio di giudizio riguardanti i rapporti con le altre persone e con i beni del mondo.

È ovvio che le diverse posizioni nei confronti del riferimento al "giusto per natura", o al giusto presente "nelle cose", influiscono sul modo di concepire il diritto positivo. Bisogna sapere se tra le regole d'arte che occorre rispettare, se si vuole praticare il diritto nei contesti sociali, vi debba essere anche questo riferimento al giusto per natura. Questo è lo zoccolo duro ineliminabile dell'eterna controversia tra giusnaturalismo e giuspositivismo.

Abbiamo detto che il diritto è una pratica sociale che consiste in un complesso di prestazioni a vari livelli (dal legislatore all'utente del diritto). Si tratta di processi di progressiva concretizzazione dei criteri di giustizia nei contesti di una determinata società e di una data cultura. Questi processi interpretativi consistono in atti di formulazione e di adattamento delle regole e delle istituzioni al fine di veicolare nel modo più adeguato ed efficace il giusto. Tutto ciò richiede indubbiamente una tecnica giuridica, cioè l'abilità di tradurre nella forma giuridica le istanze della giustizia. Il diritto, infatti, non s'identifica soltanto per i suoi contenuti ma anche per le sue modalità di

attuazione, così come il linguaggio non s'identifica solo con i fonemi ma anche con il modo di collegarli tra loro. La tecnica o l'arte giuridica consiste proprio in quest'abilità dell'operatore del diritto, mentre la scienza giuridica ne è la parte teorico-pratica.

Fino a questo punto è possibile una sostanziale convergenza tra le varie concezioni del diritto positivo. Ma noi ora vogliamo sapere se quest'opera di formulazione e di concretizzazione delle regole giuridiche più adeguate debba anche essere guidata da criteri dettati in qualche modo dalla natura dell'uomo e dalla natura delle cose. A rigore questo non è il problema del "diritto naturale", ma propriamente quello della "legge naturale". Ovviamente è possibile diritto naturale nel senso sopra precisato se v'è una legge naturale. Pertanto il problema cruciale della filosofia del diritto è quello dell'esistenza della legge naturale in quanto da essa dipende tutta la concezione del diritto positivo. L'oggetto proprio della filosofia del diritto è il diritto positivo, ma una riflessione che voglia essere autenticamente filosofica è condotta necessariamente verso il problema della legge naturale come eventuale fondamento e criterio di elaborazione del diritto positivo stesso.

Questa apertura alla problematica della legge naturale rimette in discussione l'identità della filosofia del diritto. Infatti, mentre il diritto positivo può e deve essere trattato nei termini e nell'ottica della filosofia dell'arte, la questione della legge appartiene ineludibilmente alla filosofia morale. Nella misura in cui si riterrà essenziale per la filosofia del diritto la problematica della legge si dovrà riconoscere la sua appartenenza all'ampia sfera dell'etica e alla corrispondente virtù della *prudenza*. Tutto ciò rimette in discussione la caratterizzazione della filosofia del diritto e riapre la questione centrale della natura stessa del diritto conteso tra l'arte e l'etica. Per questo è molto importante rendersi conto dell'approccio filosofico-giuridico alla legge naturale.

Abbiamo già notato che la differenza tra il diritto degli antichi e quello dei moderni consiste propriamente nell'accentuazione che i primi davano all'arte e i secondi all'etica. Il diritto dei moderni è in effetti fortemente segnato dall'uso di categorie etiche (prima di tutte quella di "obbligazione"). È significativo che il problema della separazione del diritto dalla morale si sia posto proprio nell'epoca moder-

na a testimonianza del fatto della loro progressiva indistinzione.³³ La ragione di ciò è dovuta senza dubbio alla crescente importanza che il concetto di legge ha assunto nell'ambito della giuridicità, per cui esso si è confuso con quello di "diritto".

Ora, negare che nel diritto sia in gioco anche una dimensione etica non è certamente possibile. Quest'aspetto si è andato sempre più evidenziando nella storia dell'umanità man mano che la coscienza collettiva o di gruppo (quello che Maritain ha chiamato "il regime notturno dello spirito") lascia il posto alla coscienza individuale e viene alla luce il senso profondo della soggettività personale. Qualora il diritto fosse inteso come un meccanismo esteriore puramente coercitivo, non si distinguerebbe dalla violenza. La sua obbligatorietà appartiene con le debite differenze alla categoria dell'obbligatorietà morale, perché ogni sistema giuridico pretende il *dovere* dell'obbedienza e in tal modo parla alla coscienza e all'interiorità dell'uomo. Noi richiediamo che il diritto si accordi con le istanze della coscienza e che anche quando entra in conflitto con esse possa esibire comunque delle *ragioni* per la sua obbedienza. Tuttavia notare il carattere morale del diritto non basta se non si precisa come bisogna intendere la moralità. Qui è in gioco non tanto il contenuto della morale, ma piuttosto il modo generale di concepire la moralità.

Le discussioni interne alla filosofia del diritto non riguardano tanto il suo collegamento con la morale, ma soprattutto la concezione della natura e i caratteri dell'etica. Ormai è evidente che le concezioni contrapposte filosofico-giuridiche sono spesso divergenze in tema di filosofia della morale.³⁴ Ma una concezione della morale dipende strettamente dal modo d'intendere la legge. Conseguentemente la filosofia della legge è divenuta il banco di prova della stessa filosofia del diritto. Non c'è pertanto da stupirsi se Maritain nell'unico artico-

³³ Cfr. F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Giuffrè, Milano 1990, II, pp. 667-705.

³⁴ Diremmo oggi che le divergenze non riguardano tanto l'etica normativa, ma la meta-etica. Non sarebbe esatto assimilare questa distinzione a quella tra filosofia morale e filosofia *della* morale, perché la "filosofia morale" della tradizione classica comprendeva in sé anche la problematica della giustificazione e del fondamento.

lo dedicato esplicitamente alla filosofia del diritto³⁵ si soffermi esclusivamente a trattare della concezione tomistica della legge nella sua tradizionale articolazione in legge eterna, legge naturale e legge positiva. Alla radice filosofica del diritto c'è il problema della legge, cioè la questione capitale della filosofia morale. Qui ha luogo il problema del fondamento e della giustificazione del diritto, cosa di cui la filosofia del diritto non può certamente disinteressarsi proprio in ragione del suo carattere di scienza filosofica alla ricerca dei principi e delle cause prime.

Per cogliere tutta la peculiarità della problematica della legge, dobbiamo ritornare a quelle regole dell'arte che segnano il procedimento apposito per fare qualcosa. Abbiamo detto che un prodotto si definisce per il modo in cui si produce. Un letto si distingue dal tavolo in quanto il modo di fare letti è diverso dal modo di fare tavoli. Ogni regola dell'arte presuppone un riferimento alla natura. Se devo lavorare il legno, debbo rispettare la sua natura e non posso trattarlo come faccio con il marmo o con il ferro.³⁶ Dobbiamo allora pensare che le regole dell'arte giuridica presuppongano allo stesso modo un riferimento alla natura e che il senso del "giusto per natura" sia questo?

Da un certo punto di vista bisogna rispondere affermativamente a questa domanda. Nell'ambito del pensiero giuridico è stata elaborata la c.d. "dottrina della natura delle cose". Secondo alcune versioni essa fa riferimento a quelle condizioni di fatto che fanno parte della struttura di un certo ambiente naturale e culturale. Il diritto non può andare contro le leggi della fisica e della biologia. Il diritto deve rispettare la natura dei rapporti socio-economici.³⁷ Il diritto deve rispettare la natura umana intesa come quell'insieme delle situazioni empiriche e fattuali che definiscono la condizione umana almeno se-

³⁵) Cfr. sopra n. 2.

³⁶) E' per questo che Maritain sostiene che la filosofia dell'arte si deve ricondurre in qualche modo alla filosofia della natura. Nel caso della filosofia del diritto la natura è quella dell'uomo come essere sociale.

³⁷) Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1977, pp. 197-212 e pp. 225-238.

condo una determinata cultura.³⁸ Tutto ciò appartiene senza dubbio al processo di elaborazione del diritto, alla sua concretizzazione culturale e alla sua praticabilità di fatto. Ma siamo ancora ben lontani dalla problematica della legge. A differenza degli altri prodotti dell'arte, che sono esclusivamente governati dalle regole tecniche, il diritto è misurato anche dalla legge ed è fondato su di essa. Tra le regole tecniche di formazione del diritto ne troviamo alcune che non sono "regole tecniche", poiché la "natura" chiamata in causa non è un insieme di mere condizioni di fatto.

6. La filosofia del diritto come filosofia morale

Per comprendere quest'affermazione è necessario riprendere il discorso sulla misura in cui il diritto consiste. Abbiamo detto che il diritto è misura delle azioni sociali. Ora nel concetto stesso di misura è implicita l'esigenza di una valutazione non arbitraria delle azioni. Non si può indicare come "misura" qualsiasi modo di regolare le azioni, ma solo un modo che rispetti l'eguaglianza e la proporzione. Possiamo qui parlare della necessità che il diritto sia *ragionevole*. C'è al suo interno un'esigenza insopprimibile di ragionevolezza³⁹ che ci permette di valutare il diritto positivo, cioè le particolari concretizzazioni e determinazioni del giusto. Quest'esigenza non attiene più alla funzionalità del diritto o alla sua operatività. Infatti un diritto irragionevole può in apparenza assicurare l'ordine e la pace sociale, anche se a prezzo di un trattamento diseguale delle persone. Per questo non si può disconoscere che, accanto alle regole tecniche che fanno valere il diritto all'interno di un determinato contesto culturale, ci siano delle regole di altro genere che derivano non già dalle strutture esteriori della vita sociale o dalla cultura, ma dalla ragione umana.

³⁸) È questo il "contenuto minimo" del diritto naturale secondo H. L. H. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, pp. 225 ss.

³⁹) Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1992.

Quando la tradizione parla di "giusto per natura" si riferisce proprio a quest'esigenza di ragionevolezza del diritto positivo, esigenza che non si può ridurre a ciò che è frutto di convenzioni o di accordi. Basti considerare che di fronte a un atto giuridico non ci fermiamo soltanto a constatarne la conformità formale con il sistema giuridico a cui appartiene e neppure siamo soddisfatti dall'accertare il rispetto della volontà delle parti in causa, ma ci chiediamo sempre se esso sia in qualche modo ragionevole.⁴⁰ Ebbene proprio all'interno di questa esigenza si colloca la problematica della legge.

Certamente non bisogna dimenticare che il concetto di "legge" - come tutti i concetti filosofici - è controverso ed interpretato in vari modi. Nella storia del pensiero umano la volontà e la ragione si sono contesi il monopolio di questo concetto, perché esso deve rispondere contemporaneamente a due istanze, quella della ragionevolezza e quella della guida e dell'impulso all'azione.⁴¹ Per cui le concezioni della legge si distinguono a seconda dell'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto. Non è qui il caso di riprendere questa controversia. Qui è importante notare tutta la differenza tra la legge e la regola tecnica, altrimenti non si coglierebbe tutta la novità che la filosofia morale introduce nella filosofia del diritto nel momento in cui essa perviene al concetto di legge.

Una regola tecnica indica *come* deve essere compiuta un'operazione o una prestazione, ma lascia irrisolto il problema *se* essa deve essere compiuta o meno. Una legge invece indica quali azioni devono o non devono essere compiute affinché si realizzi il bene, cioè ciò che è moralmente necessario. Il bene, infatti, è ciò che *deve* essere. In questo senso la legge è misura dell'azione. Qui "misurare" significa "commisurare" o dar forma all'azione in modo che essa sia quella

⁴⁰) Sull'importanza che va assumendo il principio di ragionevolezza nell'interpretazione della Corte costituzionale italiana cfr. G. CONSO, *In che senso il diritto positivo costituisce un vincolo per il giurista*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, cit., pp. 41-59.

⁴¹) S. Tommaso mette insieme questi due aspetti in questo modo: «la legge è una regola, o misura dell'agire, per cui si è indotti all'azione o stornati da essa». *S. Th.*, I-II, q. 90, a. 1.

adeguata al raggiungimento di un fine moralmente necessario, cioè sia quella che *deve* essere. Per questo è chiamata in causa in qualche modo la ragione, facoltà della misura e della correlazione. La ragione è ordinatrice al bene ed in questo senso ha una funzione direttiva dell'azione (*vis directiva*), una volta posto il fine da raggiungere.⁴² L'*ordinatio rationis* indica quest'attività propriamente razionale di "aggiustare" l'azione in relazione al bene da raggiungere e da realizzare. La legge non è il bene, ma l'apertura verso il bene, la via per la sua realizzazione, l'appello che il bene stesso rivolge all'azione dell'uomo, l'attrazione che esso esercita.

Ora è importante tener presente che nell'ambito giuridico non vi sono soltanto regole tecniche, ma anche leggi, perché è in gioco il *bene comune*, insieme bene della persona e della comunità delle persone. Mentre nel caso del concetto di diritto il modello principale (o l'analogato primario) è - come s'è detto - il diritto positivo, per quanto riguarda la legge tale modello, quello in cui il concetto si realizza compiutamente, non è più la legge positiva, mero analogato secondario, ma la legge morale, che Maritain, seguendo una consolidata tradizione, chiama "legge naturale".

E' noto quanta opposizione oggi susciti una tale espressione e quanti equivoci abbia generato. Ciò dipende dal fatto che la natura è stata vista nella modernità come un complesso di fatti privi di valore intrinseco. Di conseguenza, una legge morale naturale è stata considerata come una contraddizione in termini, un cerchio quadrato. Ma ciò è accaduto perché la legge naturale della tradizione antica e medioevale, ad opera del giusnaturalismo moderno, s'è progressivamente secolarizzata e ha perso ogni suo riferimento a Dio. La ragione che essa chiama in causa non è più la ragione divina, ma quella umana a sua volta interpretata sempre più in senso calcolante e costruttivo. Oggi percepiamo meglio tutta l'assurdità di questa linea di pensiero che conduce allo sfruttamento della natura e alla sua totale subordinazione all'uomo. Oggi la natura chiede di essere riconosciuta nella sua bontà ontologica.

⁴²⁾ Cfr. *S. Th.*, I-II, q. 90, a. 4. Cfr. J. MARITAIN, *Nove lezioni sulla legge naturale*, cit., p. 60.

E' la ragione che è responsabile del rapporto tra natura e legge, perché è essa l'unico possibile tramite tra il mondo dell'essere e quello del dover essere. È intorno alla concezione della ragione che si gioca il problema del fondamento del diritto. E' essa solo uno strumento di calcolo per la nostra sopravvivenza e per il dominio del mondo oppure è un luogo in cui la verità si rivela? E la ragione umana la via per prendere le distanze dalla natura oppure la via per ascoltare la sua voce? È un potere di astrazione e di costruzione di concetti sganciato dalla concreta soggettività esistenziale oppure è immersa nella concreta singolarità della persona?

La concezione maritainiana della legge naturale ritorna alle fonti della concezione cristiana della natura e della ragione e ne mostra l'intramontabile attualità. La coscienza umana di per sé non può essere obbligata né dalla natura né dalla ragione umana. Solo da Dio può provenire un obbligo della coscienza umana. Se Dio non esiste, non v'è alcun potere obbligatorio della legge; se questa non è fondata sulla ragione divina, non è una legge e, se non è una legge, non obbliga. Per questo non si può separare - come ha fatto il pensiero moderno - la legge naturale dalla legge eterna. La legge naturale è la stessa legge eterna non già considerata dal punto di vista del suo autore, ma da quello del suo destinatario. È la legge eterna in quanto inscritta nella creatura ragionevole, cioè in quanto promulgata in essa. La legge naturale non è altro in fondo che questa stessa promulgazione. È questo il senso della ben nota definizione della legge naturale: «*participatio legis aeternae in rationali creatura* ». ⁴⁵ Potremmo dire che la legge naturale è il modo in cui la legge eterna ha forza di legge per esseri ragionevoli e liberi.

Cercare di difendere la legge naturale, mettendo da parte Dio, è un'impresa disperata e conduce al suo inevitabile discredito, come d'altronde viene ribadito efficacemente nella recente enciclica *Veritatis Splendor*. Senza la trascendenza del bene i valori morali cadono in nostro potere. Senza la convinzione che il bene sia qualcosa che supera l'uomo e lo perfeziona, qualcosa verso cui andiamo,

⁴⁵) *S. Th.*, I-II, q. 91, a. 2.

qualcosa che dobbiamo apprendere piuttosto che produrre da noi, la legge morale diventa una creazione umana. Ma Dio parla all'uomo attraverso la natura, che è la sua voce.

La legge naturale è inscritta nella natura e quindi la sua dimensione ontologica è ineliminabile. Tuttavia è importante non dimenticare che qui non si tratta soltanto della natura umana, ma di quella di tutti gli esseri creati.⁴⁴ Maritain ha ben presente il rischio di una dottrina antropocentrica della legge naturale, che si riflette in un antropocentrismo giuridico sordo ai "diritti" degli animali e della natura non umana. Questo pericolo è evitato se si mantiene lo stretto legame tra legge naturale e legge eterna, che è il progetto di Dio nei confronti dell'intero universo.

Accanto alla dimensione ontologica v'è anche la dimensione gnoseologica. La legge naturale è tale anche perché conosciuta naturalmente, cioè conosciuta attraverso le inclinazioni per una sorta di connaturalità,⁴⁵ e non già attraverso una conoscenza concettuale e razionante. La ragione umana qui si presenta soltanto come misurata da quella divina e non già come misurante. È ragione non quanto al suo esercizio, ma quanto alla sua natura. Ciò significa che essa permette la presa di coscienza delle inclinazioni naturali, ma quest'atto non si risolve in una costruzione di concetti, quanto piuttosto nel percepire esistenzialmente in sé la voce del proprio essere e in esso di tutti gli esseri creati. La conoscenza per connaturalità è opera della ragione, ma di una ragione che si comporta come natura. Con questo non si vuol dire che la legge morale non abbia bisogno di successive formulazioni e di concettualizzazioni e che essa non debba pervenire a precetti meglio definiti e determinati. Ma questo lavoro della conoscenza morale deve esercitarsi pur sempre all'interno di questa precomprensione fondativa attraverso cui la luce del bene ci illumina, indicandoci le coordinate generali dell'azione umana. E questa è la legge naturale come nucleo vitale ed esistenziale della legge morale.

⁴⁴) J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, trad., di L. Frattini, Massimo, Milano 1992², pp. 99 ss.

⁴⁵) Cfr. sopra n. 4.

Se ora ritorniamo al diritto positivo e ai sistemi giuridici positivi, frutto dell'arte e della tecnica giuridica, non possiamo non riconoscere il ruolo e la funzione che la legge naturale continua ad esercitare al loro interno. Al di sotto delle regole tecniche e al di sotto delle concretizzazioni storiche e delle formulazioni contingenti della legge morale vi sono irrinunciabili istanze della ragionevolezza non formulate ma egualmente presenti e vi sono fini generali di carattere morale.

Nessun sistema giuridico degno di questo nome può disprezzare il valore della vita umana (ed oggi ci rendiamo conto sempre di più del valore della vita in generale), può punire gli innocenti e assolvere i colpevoli, può condannare senza processo, può abolire l'istituzione della famiglia, può fondare la vita sociale e politica sul rigetto della verità e sulla pratica della menzogna. Questi sono solo alcuni segni della legge naturale nei sistemi di diritto positivo. Si tratta di condizioni ineliminabili attraverso cui il bene morale fa sentire la sua attrazione all'interno della pratica giuridica, che a sua volta trova la sua ragion d'essere nel movimento generale verso il bene comune, opera della giustizia.

In quest'ottica bisogna comprendere il rilievo che Maritain assegna all'antropologia culturale nell'ambito degli studi filosofico-giuridici. Egli ha fiducia che le ricerche antropologiche mostreranno sempre meglio la presenza di strutture costanti e permanenti, nonostante la profonda diversità delle culture.⁴⁶ Si tratta di saperle ben interpretare e di essere capaci di discernere, al di sotto delle concrete determinazioni storiche, la persistenza di esigenze morali e di inclinazioni incancellabili.⁴⁷ È questo il segno della presenza della legge naturale che non solo è legge interiore, ma anche struttura di comportamento

⁴⁶) Per Maritain la legge naturale non è un precetto univocamente formulato, ma uno schema dinamico d'azione, cioè una struttura polivalente che consente una certa varietà di applicazioni. Sarebbe interessante confrontare questa concezione con quella di recente ribadita dalla *Ventatis Splendor* per cui vi sono precetti morali negativi inderogabili. Cfr. anche J. FINNIS, *Gli assoluti morali. Tradizione, revisione e verità*, trad. di A. M. Maccarini, Ares, Milano, 1993.

⁴⁷) Delle "costanti antropologiche" s'è occupato di recente G. Così, *Il Logos del diritto*, Giappichelli, Torino 1993.

e condizione ineliminabile della pratica sociale del diritto. In questo senso si avvicina alla regola tecnica, ma non è tale in senso proprio, perché indica un fine moralmente necessario e il bene morale delle persone e delle comunità umane. In quanto costantemente presente nelle più diverse culture, la legge naturale costituisce una condizione necessaria di praticabilità del diritto e, tuttavia, essendo una legge morale non può essere trattata come una regola tecnica, che si applica in modo meccanico, cioè senza deliberazione. Essa manifesta un'esigenza a cui ogni sistema di diritto positivo deve sapere rispondere a suo modo, un orientamento che non può essere disatteso. Questo "giusto per natura" non esiste mai allo stato puro, ma si manifesta attraverso le sue varie concretizzazioni culturali, che richiedono l'esercizio della *prudenza*, cioè la capacità di far valere l'orientamento della legge naturale nelle situazioni culturali concrete senza disattendere il valore. Per questo Aristotele e con lui tutta la tradizione antica parlano del "giusto" piuttosto che della "giustizia" e ritengono necessario per la formazione del diritto l'esercizio della forma giudiziaria della prudenza.⁴⁸

Nel diritto positivo ci sono dunque due istanze predominanti a cui si deve necessariamente rispondere: da una parte ciò che è oggetto di convenzione e di accordi sulla base delle situazioni culturali concrete (il giusto per legge) e qui hanno ampio spazio le regole tecniche (ad esempio, quelle che bisogna rispettare per emanare delle efficienti regole del traffico) e viene chiamata in causa la virtù dell'arte; dall'altra ciò che si propone come esigenza etica irrinunciabile (il giusto per natura), ma che deve essere ulteriormente determinato in senso culturale e, perciò, richiede la virtù della prudenza. Pertanto, quando si parla della giurisprudenza come di un'arte, si comprende in ciò sia l'arte in senso stretto che la prudenza, sia il fare che l'agire ed è questa d'altronde l'ottica di tutta la tradizione classica.

⁴⁸) Qui l'accordo tra il pensiero di Maritain e quello di Gadamer è completo. Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983, pp. 370 ss.

7. Conclusione

Ho cercato di ricostruire con una certa creatività le linee generali di una filosofia del diritto ispirata dal pensiero di Jacques Maritain. Ho avuto di mira l'architettura fondamentale e la collocazione della filosofia del diritto nell'ambito del sapere filosofico. Non dobbiamo però dimenticare che Maritain in occasioni diverse ha sviluppato in modo ampio e dettagliato temi che direttamente interessano la filosofia del diritto, quali quelli dello Stato, del popolo, della sovranità,⁴⁹ della democrazia,⁵⁰ dei diritti dell'uomo.⁵¹

Da quanto detto dobbiamo constatare la stranezza della posizione epistemologica della filosofia del diritto, che si trova in una zona di confine tra la filosofia dell'arte e la filosofia morale. Ciò dipende dalla natura stessa del diritto che è insieme opera dell'uomo, costruzione della città umana, e realizzazione del bene della giustizia. Questa doppia dimensione della giuridicità può essere vissuta come una tensione e un conflitto, ma nella sostanza manifesta il senso profondo della cultura, a cui Maritain con piena consapevolezza riconduce il diritto. La cultura non si oppone di per sé alla natura, ma è la stessa natura in una prospettiva dinamica segnata dal ruolo della coscienza e della libertà umana. L'uomo è un animale di cultura, cioè un essere la cui prassi è interpretazione della legge naturale intesa come la voce di Dio manifestata dall'essere stesso della natura. Per questo la tecnica giuridica, pur appartenendo al campo dell'arte, confluisce nell'impresa primaria del compimento e del perfezionamento dell'uomo stesso e della società umana.

La filosofia del diritto istituisce questo collegamento stretto tra il mondo del fare e quello dell'agire e mostra che la configurazione del

⁴⁹) J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, cit.

⁵⁰) J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia*, trad. di L. Frapiselli, Vita e Pensiero, Milano 1977.

⁵¹) J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, trad. di G. Usellini, Vita e Pensiero, Milano 1977.

sapere filosofico non deve essere intesa come una separazione di ambiti non comunicanti. In realtà l'articolazione delle scienze è interna a una visione sapienziale della conoscenza umana e, se è vero che ogni ricerca ha il suo oggetto formale e il suo metodo, ciò non può significare una polverizzazione della continuità della realtà creata, che tutta ritrova nel suo Creatore unità e fondamento. Come nella natura non ci sono salti né fratture, così anche nel sapere filosofico. Ma ciò implica il riconoscimento della necessità di ricondurre la scienza alla sapienza senza per questo annullarne la specificità.

E' inutile ricordare che sul rapporto tra dimensione scientifica e dimensione sapienziale della conoscenza filosofica Maritain ha ripetutamente insistito. Qui abbiamo solo voluto mostrare quanto esso sia necessario proprio per meglio comprendere il senso di quelle discipline più delle altre legate all'interrelazione tra i vari aspetti della realtà.

Aristotele ha affermato il *principio di continuità* della natura. S'è accorto che la natura non solo è fatta da un'infinita molteplicità di esseri diversi tra loro, ma anche che questi esseri sono strettamente collegati tra loro. Secondo il principio di continuità la specie superiore riassume in sé tutte le caratteristiche della specie inferiore, aggiungendo ad esse una piccolissima variazione. Lo stesso avviene nel mondo del sapere. Man mano che saliamo i gradini della conoscenza e i "gradi dell'essere", le acquisizioni già conquistate vengono conservate e ordinate a prospettive più ampie e più profonde. Così la filosofia morale riassume in sé e ordina tutto il sapere proveniente dalla filosofia dell'arte. Ogni scienza filosofica ha bisogno della sapienza per trovare il suo orientamento ultimo e, in definitiva, il suo vero senso.

Noi sappiamo che nella virtù della giustizia si riassumono non solo tutte le virtù morali, ma anche tutta l'opera dell'uomo, *Iustitia est ad alterum*. Per questo la giustizia richiede anche strutture ed istituzioni sociali, opera dell'arte giuridica e politica, ma non si risolve in queste. Il suo fine è quello di rettificare il rapporto intersoggettivo, di mettere ordine nel campo della libertà, affinché il piano di Dio, in cui la legge eterna consiste, non sia un destino ineluttabile, ma orientamento liberamente accolto da quelle creature a cui Egli l'ha fatto conoscere.