

DIO A FONDAMENTO DI QUALE DIRITTO?

Por RUDI DI MARCO*

«*Haud scio, an, pietate adversus Deos sublata, fides etiam et societas humani generis, et una excellentissima virtus, iustitia tollatur*»
(M. T. CICERONE, *De natura deorum*, I, 2)

1. Premessa

È del tutto evidente che un tema come quello assegnatoci, anche solo per essere inquadrato in termini generalissimi, richieda una trattazione ampia e articolata, la quale, in questa sede, non può essere nemmeno iniziata.

Le ragioni sono molte e non è il caso di elencarle.

Nondimeno, pochi brevi cenni, funzionali a tratteggiare un profilo schematico di alcune –due– delle problematiche che il tema stesso implica, pur possono brevemente essere svolti, anche per «stimolare» il successivo approfondimento.

2. Perché il diritto? La razionalità del diritto naturale classico: una «via umana» per scorgere l'ordine della Creazione (nel suo aspetto politico-giuridico)

Ebbene, se è vero che «l'unica base per l'esercizio della *potestas* è l'ordine naturale» e se è vero (come è vero) che «la *potestas* è esercitabile solamente come arte regale» –sono queste le parole con le quali Danilo Castellano ha testé concluso il proprio intervento– è altrettanto vero che per parlare del diritto e della sua ontologica normatività, o per meglio dire della sua attitudine alla legittima regolamentazione delle condotte umane, occorra innanzi tutto ed essenzialmente parlare del suo fondamento¹. Infatti: «*ad rationem fundamenti non*

* Università di Udine.

1. La questione *de qua* –come è noto– viene spesso trascurata non solo dai cultori del positivismo, ma anche, paradossalmente, dagli stessi studiosi di filosofia giuridica e

solum requiritur quod sit primum, sed etiam quod sit aliis partibus aedificii conexum: non enim esse fundamentum nisi ei aliae partes aedificii cohaerent»².

Il fondamento del diritto, infatti, rappresenta la «ragione vera» che ne sostanza e giustifica, a) sotto il profilo essenziale, il carattere dell'obbligatorietà o della facoltatività; b) sotto il profilo funzionale, l'attitudine normativa e regolativa relativamente all'oggetto della sua disciplina; c) sotto il profilo operativo, il carattere della vigenza naturale, quale *condicio sine qua non* dell'ordine politico proprio della Comunità umana; d) e sotto l'ultimo profilo, quello eminentemente positivo, la ragione della legittimità stessa dell'Ordinamento concernente un dato, effettivo Sistema di *ius in civitate positum*.

Non solo, infatti, il fondamento del diritto rende ragione dell'autorità politica che lo fa vigere e ne legittima anche l'aspetto sussidiario-coercitivo, ma ancora prima esso, palesandosi *ex se* alla retta ragione umana, proprio in quanto naturale e oggettivo –razionale, potremmo dire (ma non razionalistico), dacché evidente alla ragione–, ne comporta la spontanea ubbidienza da parte dei consociati. Non a caso Cicerone, per esempio, ebbe a individuare nel «*iuris consensus*» il primigenio formante concettuale del popolo, eppertanto l'*ubi consistam* della sua stessa esistenza come popolo e come comunità politica, radicalmente distinta da un «*coetus quoquo modo congregatus*»³, cioè da un agglomerato purchessia di individui i quali deliberino di stare gli uni accanto agli altri per ragioni *lato sensu* operative.

politica. Basti quivi ricordare, per quanto concerne i secondi, la nota tesi di Norberto Bobbio sul tema dei cc.dd. diritti umani, a mente della quale «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli [cioè di fondarli oggettivamente (nda)], quanto quello di proteggerli» (Norberto BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 129).

2. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 4, a. 7, ad 4.

3. Cicerone afferma, infatti, che «*populus [...] non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*» (Marco Tullio CICERONE, *De Re publica*, I, 25-39). Ond'è il *consensus iuris* –accanto alla *communio utilitatis* sulla quale non ci soffermiamo– a essere veramente e autenticamente fondativo rispetto al concetto di popolo. Il popolo, infatti, è popolo e non «*coetus quoquo modo congregatus*», in tanto, in quanto esso si caratterizzi per il comune riconoscimento dai parte dei proprii membri dei principii della giustizia e per la loro condivisione morale circa la necessità di perseguirli. Il diritto, quindi, non è il prodotto del popolo ciceroniano, ma ne è la condizione! *Contra* le moderne tesi sulla c.d. sovranità popolare-democratica, le quali vogliono che il diritto, o per meglio dire le norme, siano il prodotto della volontà del popolo, fattualmente (e inevitabilmente) ridottasi alla volontà delle maggioranze «misurata» attraverso le procedure *lato sensu* elettorali.

Il fondamento del diritto, dunque, compendiando in sé stesso il carattere della giuridicità, e assurgendo essa giuridicità a principio e a valore metafisico del diritto stesso, informa e rende legittimo, in quanto propriamente giuridico, quello che potremmo chiamare «aspetto dinamico» della *regula iuris*: è il fondamento, infatti, che sostanzia e valorizza sia a) il profilo imperativo-oggettivo del comando e/o della prescrizione autenticamente giuridici; sia b) il profilo retributivo della giusta sanzione e/o del dovuto risarcimento; sia c) il profilo rivendicativo-soggettivo della iattaza e/o della pretesa autenticamente legittime.

Per parlare propriamente del diritto, allora, e per non ridurlo a *fatus vocis*, a un coacervo purchessia di comandi effettivi⁴, non può prescindersi dalla circostanza in virtù della quale esso, se è vero diritto, alligna necessariamente e irrefragabilmente nell'essere-in-sé della giustizia: l'essenza stessa dello *ius* in quanto *iustum*, infatti, dipende dalla partecipazione ontologica di quello alla verità di questa.

Danilo Castellano, per esempio, ha fatto notare che «il diritto naturale è disvelamento [... dello (nda)] ordine ontico [... al quale (nda)] è subordinata la politica. Il vero diritto naturale [...] è, pertanto, propriamente parlando, il fondamento etico della politica che, a sua volta, è tale solamente se fa della legalità [cioè dello *iustum*, vale a dire del diritto positivo (nda)] lo strumento per aiutare gli uomini ad affermare l'eccellenza della loro natura, cioè l'ordine etico inscritto nella loro essenza»⁵.

Considerando, allora, che la giustizia non è giammai il frutto di un'opzione, ma essa è una realtà, e segnatamente essa è una realtà metafisica, la quale emerge *ex se* dall'ordine naturale delle cose, onde la ragione può e deve coglierla con un atto contemplativo, tosto rileva che il diritto, il quale appunto ha fondamento nella giustizia, non rappresenta mai un limite alla libertà autenticamente umana⁶, tantomeno esso è un limite determinato da un potere maggiore

4. Non proseguiamo il discorso con uno studio intorno ai temi del diritto oggettivo e del diritto soggettivo, come sarebbe opportuno fare per capire meglio i termini della questione appena cennata, poiché ciò, da un lato risulterebbe ultroneo rispetto ai fini di questo contributo e dall'altro ci impegnerebbe in una disamina la quale ci porterebbe a eccedere i limiti di spazio assegnatici. Facciamo rinvio, allora, *–si vis–* a un nostro recente contributo monografico, il quale si sofferma su alcune delle questioni in parola: cfr. Rudi Di MARCO, *L'intelligenza del diritto. Sulla «oggettività» come problema giuridico... oltre il positivismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

5. Danilo CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 148.

6. Kant, per esempio, ritiene che il diritto rappresenti null'altro rispetto allo «insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio

sopra uno minore⁷, ovvero un «male necessario»⁸ che consente la c.d. convivenza sociale. Il diritto, infatti, proprio in quanto analogato della giustizia, si sostanzia sempre e necessariamente in una regola, in un giusto criterio da seguire *in rebus humanis*, i quali, nella loro giuridicità ontologica, sono essenzialmente indipendenti da qualunque volere e da qualunque potere contingenti, siano essi il frutto di un'imposizione eteronoma, l'effetto di una deliberazione condivisa, la conseguenza di un'opzione soggettiva *et coetera*.

Dunque –come ha scritto Lamas– è del tutto evidente che «la validità del diritto [...] consiste specificamente nel suo rapporto costitutivo con la giustizia intesa [...] come valore»⁹. Che poi la dimensione obiettiva del giusto naturale possa trovare –già secondo l'insegnamento di Aristotele¹⁰– una pluralità di *formae* e di declinazioni nel c.d. giusto legale, a seconda delle circostanze e dei contesti che l'intelligenza politica del Legislatore (secondo la felice terminologia di Francesco Gentile¹¹) pur deve considerare *in casibus*, questo è un diverso discorso, il quale però non nega, ma conferma le premesse appena cennate.

Ciò significa –con le parole di Sergio Cotta– che «solo in base al fondamento è possibile determinare l'obbligatorietà della norma giuridica e, pertan-

dell'altro» (Immanuel KANT, *Metafisica dei costumi*, in Norberto BOBBIO, Luigi FIRPO e Vittorio MATHIEU (a cura di), *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, Torino, U.T.E.T., 1965, p. 407).

7. Facciamo riferimento alle varie teoriche moderne della sovranità, intesa quale «supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda) indipendenza [...] rispetto agli altri Stati» (Giandomenico FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, CEDAM., 2003⁹, p. 115). Nicola Matteucci, infatti, coerentemente scrisse che «il concetto di sovranità è un potentissimo strumento teorico per l'affermazione dello Stato moderno: è l'arma più raffinata per vincere tutte le resistenze dal basso» (Nicola MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 30).

8. Hannah ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, p. 23.

9. Félix A. LAMAS, «Esperienza giuridica e validità del diritto», in Danilo CASTELLANO (a cura di), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padova, CEDAM., 2002, p. 39.

10. Invero «del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito» (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Milano, Bombiani, 2007⁵, V, 7, p. 209).

11. Cfr. Francesco GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, Giuffrè, 1984.

to, la sua differenza da una mera imposizione coercitiva»¹²; giacché la forza in quanto tale, in quanto potere capace di affermarsi –sia esso il potere dello Stato-forte (rousseauiano) proprio dei totalitarismi autoritarii, ovvero il «potere liquido» dello Stato-debole (liberal-radical) proprio dei vari sistemi politologici *post-moderni*– «non crea obbligo, ma necessità»¹³.

La pretesa *πάν*-moderna di surrogare il fondamento del diritto con l'ingegneria delle cc.dd. fonti normative, allora, porta –come Danilo Castellano ha efficacemente dimostrato¹⁴– a un inevitabile iato concettuale –anche se operativamente non del tutto compiuto, e probabilmente impossibile da realizzarsi¹⁵– tra il diritto *in se* e il «diritto positivo», o, per meglio dire, tra il *principium iuris* e la prescrizione imperativo-cogente che informa la legalità di Stato.

Di talché il c.d. Ordinamento giuridico positivo-statuale, ridottosi a sistema normativo-legale reso cogente da un potere più forte degli altri –quello sovrano, appunto–, diviene, almeno in termini concettuali, uno strumento per l'affermazione dell'anarchia –non del diritto–, sia essa quella dello Stato, propria del c.d. positivismo forte, oppure quella personalistico-modulare¹⁶ propria

12. Sergio COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 139.

13. *Ivi*, p. 140.

14. L'Autore, infatti, dopo avere precisato che «la questione non può essere affrontata né considerando le “fonti” secondo la geometria legale [...] né ricorrendo alla teoria del diritto vivente, [poiché (nda)] il diritto, parlando propriamente, non ha “fonti”. Ha soltanto un fondamento: la giustizia» (Danilo CASTELLANO, «Il diritto tra fonte e fondamento», in D. CASTELLANO, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 32 e ss.) opportunamente osserva che «il problema [...] non è quello della teoria delle fonti. Questo, infatti, è problema che resta prigioniero della dottrina positivistica [...]. Affermare, per esempio, che le fonti di produzione sono gli atti ed i fatti normativi abilitati a costituire l'ordinamento e non spiegare [...] perché, significa rinunciare a individuare l'essenza stessa del diritto» (*Ivi*, pp. 36 e ss.).

15. Infatti: «il cosiddetto pluralismo morale contemporaneo non è riuscito a spegnere l'esigenza di un'etica vera [...]: l'esigenza della giustizia emerge continuamente, sia nell'opera legislativa, sia nella prassi sociale [...]. L'ordine etico, quindi, esiste anche se, talvolta, può risultare difficile la sua individuazione» (Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 28).

16. Facciamo rinvio alla terminologia propria del magistero di Danilo Castellano il quale rileva che «l'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo si rivela un surrogato del vecchio ordine, indispensabile a ogni persona e a ogni società: l'anarchia [...] infatti (nda)] è un male radicale che alla fine si ritorce anche con-

dell'individuo mounierianamente inteso. In entrambe i casi, evidentemente, con riguardo al c.d. Ordinamento giuridico positivo, si tratta, a ben vedere le cose, di un «disordine anti-giuridico», ovvero sia di un agglomerato di prescrizioni, di ordini, di imposizioni, virtualmente aperto e al disordine e all'antigiuridicità¹⁷.

Né –si badi– il problema *de quo* può essere risolto od ovviato facendo riferimento ai formalismi propri del c.d. stato di diritto: quest'ultimo, infatti, non è e non si fa garante del diritto in sé, e dunque della giuridicità che alligna nell'essere della giustizia, ma solamente –come ha fatto notare, per esempio, Galvão de Sousa– esso assicura il rispetto formalistico delle procedure¹⁸ che le sue stesse norme prevedono per la loro modificazione, novazione, abrogazione *et coetera*. Lo Stato di diritto, infatti, compendia una mera garanzia di carattere procedurale, giacché, come Ayuso Torres ha bene precisato, esso «è [sì (nda)] limitato dalla legge, [... ma (nda)] non c'è legge che non possa essere modificata, purché si osservino le formalità previste»¹⁹, essendo la *ratio legis* il «criterio» stesso della legislazione ed essendo la legislazione medesima il mezzo per l'attuazione di una progettualità purchessia (πᾶν-statuale o individual-modulare, non rileva).

tro chi, potendo, pretende di esercitarla [...]. L'«uomo modulare» (Gellner) pretende di «costruirsi» sulla base di pulsioni [...]. Così facendo il soggetto si dissolve nella pulsione stessa [...]; il soggetto si dissolve ancora più rapidamente se l'ordinamento giuridico lo rafforza nell'illusione di essere qualcosa di simile a un mobile componibile» (Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 15 e ss.).

17. Preferiamo parlare di una virtuale apertura al disordine e all'antigiuridicità, piuttosto che di un disordine e di una antigiuridicità globali e compiuti giacché nessun positivismo è o può essere così forte e così coerente con le proprie premesse da potere espungere dal proprio Ordinamento positivo quel *minimum* di giuridicità il quale è *condicio sine qua non* della e pella sua stessa «vigenza operativa». Danilo Castellano, per esempio, ha dimostrato come sullo sfondo concettuale dei Codici civile e penale (italiani), pur nati in un contesto culturale di assoluto positivismo, alberghi chiarissimo un fondamento nel giure; un'impronta di realismo irrefragabile. Cfr. Danilo CASTELLANO, «Sul realismo del Codice civile italiano», in Danilo CASTELLANO, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, cit., pp. 93 e ss.

18. Infatti lo «sviluppo dello Stato di diritto [...] venne a determinare come conseguenza la distruzione dell'idea stessa di Stato di diritto. Sottomessa questa a un formalismo assoluto –che vede nella legalità soltanto il prodotto delle decisioni del potere nell'ambito delle formalità determinate dall'ordine giuridico positivo– arriviamo a un punto in cui ogni Stato finisce per essere uno Stato di diritto» (José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *La rappresentanza politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 187).

19. Miguel AYUSO TORRES, *L'Àgora e la piramide*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 63.

Tanto premesso (in modo del tutto sintetico e insufficiente, data la brevità dell'intervento), giova ora domandarsi quale sia il diritto fondato nella giustizia –e dunque quale sia il vero diritto– e se il coglimento dell'ordine razionale proprio della giustizia in quanto tale, sia per sé stesso bastevole a giustificare e a comprendere in senso pieno e profondissimo il significato dell'ordine medesimo.

Ebbene, per quanto concerne il primo problema possiamo immediatamente dire, riprendendo le sintetiche annotazioni *supra* estese, che il solo diritto fondato –e dunque il solo diritto *sic et simpliciter*, senza aggettivazioni– è, per sua stessa essenza, quello che si definisce diritto naturale classico. Ciò –si badi– non già in virtù di un'opzione o di un gusto personale, ma piuttosto in quanto il diritto naturale classico si rifà a un'istanza di verità giuridica, a una istanza fondativa, dunque, indipendente da qualunque elemento sia estraneo all'ordine oggettivo-razionale della giustizia medesima.

Il diritto naturale classico, cioè, non rivendica di mutuare la propria giuridicità e la propria validità giuridica da altro, che non sia l'essere della giustizia: la positivizzazione, la vigenza, l'apparato sanzionatorio, l'applicazione giurisprudenziale, la c.d. codificazione costituzionale *et coetera*, infatti, nulla –nulla!– aggiungono al valore giuridico del diritto naturale classico e al suo fondamento. Essi, infatti, se sussistano, com'è auspicabile che sia, rappresentano elementi accessori rispetto al diritto *in se*, i quali a loro volta si qualificano come giuridici proprio e segnatamente in virtù di quello, *ergo...* si qualificano come giuridici, se e in quanto lo servano favorendone l'attuazione e la vigenza concrete. Sotto questo profilo, allora, il diritto naturale classico non si fa fonte dello *ius* e dello *iustum*, ma è e si fa mezzo per la loro affermazione *in rebus humanis*. Conseguentemente esso è e si fa misura e criterio delle *normae positae*; è e si fa misura e criterio del sistema sanzionatorio; è e si fa misura e criterio delle pronunzie giurisprudenziali; è e si fa misura e criterio –in una parola– di tutte le cc.dd. fonti normative e di tutte le *formae* della loro applicazione.

Ciò significa, allora, che il fondamento del diritto naturale classico nell'ordine della giustizia sia in sé stesso un fondamento razionale.

Esso, infatti, è un fondamento razionale, non in quanto prodotto dalla ragione, ma in quanto dalla ragione esigito: il fondamento dello *ius*, cioè, alligna nella natura regolativa e normativa che è propria delle cose, e che, essendo propria delle cose, è metafisicamente intelligibile da parte dell'essere umano *compos sui et suorum*, cioè da parte dell'essere umano che può e che deve esercitare la propria ragione allo scopo di cogliere l'essere-in-sé della realtà (ontologica degli enti). Sergio Cotta, infatti, rispondendosi alla domanda «che cosa

significa il termine “naturale” apposto al sostantivo “diritto”?»²⁰, osservò che «la giustificazione [in questo caso del diritto, è ovvio! (nda)] è un discorso di ragione (e non può non esserlo), la cui verità oggettiva discende dal suo corretto riferirsi alla coesistenza [... onde (nda)] sono questi due elementi congiunti (la ragione che comprende la coesistenza) a determinare in modo né metaforico né ambiguo in qual senso il termine «naturale» sia legittimamente attribuibile al diritto»²¹. Il diritto naturale, cioè, è naturale... perché esso è reale, ed esso è reale, indipendentemente dalla sua effettività, in quanto esso stesso è proprio della realtà ontologica delle cose e del loro intrinseco ordine; non a caso *ex ipso facto oritur ius*.

Viceversa i moderni diritti positivisticci, come anche e *in apicibus* lo stesso diritto naturale moderno –il quale sta alla base delle cc.dd. Carte dei diritti e il quale sta alla base dei vari contrattualismi (anti-)politici– pretendono di derivare la loro «legittimità» e la loro «giuridicità» da elementi variamente riconducibili al binomio volere-potere, il quale binomio, a sua volta, rimanda *tout-court* al *phantasma* della libertà negativa, sia essa quella dello Stato, quella dell'individuo, quella dei vari gruppi di pressione *et coetera*. I moderni diritti, allora, anche se definiti naturali, fondamentali, inviolabili *et similia*, si qualificano, tutti, per un'intrinseca convenzionalità: essi deficitano, cioè, di un fondamento autenticamente razionale, il quale li ordini secondo ragione e il quale, secondo ragione, li renda intelligibili –diremo– «per sinderesi», ovvero sia indipendentemente dalla loro positivizzazione *lato sensu* intesa, dalla loro coazione, dal compendio sanzionatorio *et coetera*.

I «diritti» della modernità e della *post*-modernità, infatti, sono «diritti» razionalistici, pregni –come denuncia Rosmini²²– di sensismo e di soggettivismo, vale a dire che essi sono «diritti» i quali la ragione, intesa hobbesianamente come calcolo, pretende di creare *ex se* ed *ex nihilo* per ottenere gl'effetti più disparati e dunque sulla base di un'opzione *a priori* della volontà purchessia: il controllo sociale; la guarentigia della *property-privacy* individuale; l'affermazione di un'ideologia di Stato; la liberazione dell'individuo dalla regola giuri-

20. Sergio COTTA, *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, cit., p. 130.

21. *Ibid.*

22. Rosmini, infatti, osserva che «il sensismo e il soggettivismo rovesciò la scienza del Diritto sul quale si reggono non meno le relazioni dell'umana convivenza, che quelle delle umane società. [...] Col sensismo e col soggettivismo [infatti (nda)] la mente, coerente a se medesima, non può riconoscere l'esistenza né di doveri, né di diritti [e (nda)] con l'annullamento [...] di questi, ella non può più concepire alcun'altra politica che quella che si consuma in frodi e in violenze» (Antonio ROSMINI SERBATI, *Introduzione alla filosofia*, Roma, 1979, I, pp. 31 e ss.).

dica, per il primato dell'autodeterminazione del *velle*; la strumentalizzazione politologica delle istituzioni al fine di favorire gl'interessi dei gruppi di pressione (*lobbies*) prevalenti *et similia*. Il diritto della modernità e della *post*-modernità, insomma, come scrive Pizzorni, «si ridurrebbe a volontà e non a ragione, perché le passioni istintive [...] e non la ragione [...] primeggerebbero nell'uomo; [...onde sarebbe (nda)] preclusa [...] la possibilità [stessa (nda)] di giudicare della giustizia delle norme [positive (nda)] su una base oggettiva e razionale e non meramente volontaristica»²³.

3. Regalità di Dio aut sovranità «di» Stato? Il riferimento al nome d'Iddio tra indigenza fondativa e opzione nominalistica

A questo punto residuano tre ultime considerazioni: una prima a) concerne la fondazione religiosa del diritto naturale; una seconda b) involge la dicotomia tra regalità di Dio e sovranità di Stato e una terza c) interessa il rapporto tra fede e giustizia.

Evidentemente occorrerebbero altrettante monografie per una compiuta disamina delle questioni in parola; noi ci limiteremo, anche in questo caso, ad alcuni spunti.

Ebbene, innanzitutto giova precisare che il diritto naturale classico, cioè il diritto in sé, il quale ha fondamento nella giustizia e il quale è razionalmente intelligibile, non è affatto qualche cosa di avulso dall'esperienza, anzi, come Danilo Castellano ha ampiamente dimostrato, esso permea di realismo –se così possiamo dire– gli stessi Codici nati in contesti del tutto positivistici²⁴. In questo senso, allora, ha ben ragione Sergio Cotta quand'egli afferma che

23. Reginaldo PIZZORNI, *Diritto, etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2006, p. 469.

24. Non a caso l'Autore parla di «realismo del Codice civile italiano» (Danilo CASTELLANO, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giustizia*, cit., p. 93) –intendendo per realismo «quello metafisico [...] che riconosce che le cose hanno uno statuto ontologico immutabile da parte del legislatore» (*Ivi*, p. 101)– e mette in luce, con puntuali esempi (capacità giuridica e capacità di agire; simulazione contrattuale; rescissione; risarcimento del danno *et coetera* [cfr. *Ivi*, pp. 103-112]), come la c.d. teoria delle fonti compendiata all'art. 1 delle Preleggi «esce sostanzialmente indebolita, anzi “svuotata”, dalle considerazioni svolte. La norma [...], infatti, è il prodotto dell'attività del legislatore il quale, per dare veramente la legge, non può invocare qualcosa di “altro” rispetto al diritto [...]. Il Codice civile [...] rappresenta, pertanto, la sconfessione del positivismo giuridico assoluto che il legislatore all'epoca dichiarò di volere instaurare» (*Ivi*, pp. 113 e ss.).

«non v'è alcuna contraddizione nel dire che tutto il diritto in senso proprio (ossia giustificato nella sua deonticità e quindi obbligatorio) è naturale e, allo stesso tempo, che è «posto dagli uomini», poiché ciò significa posto in modo umano, ossia secondo la ragione. [...] Quindi (nda) il diritto formalmente posto, quando abbia offerto prova della obbligatorietà delle proprie norme, può venir denominato correttamente diritto naturale vigente»²⁵. Ciò detto, tuttavia, resta ancora da rispondere alla domanda circa il fondamento «ultimissimo» del diritto naturale, o, se si preferisce, seguendo il discorso di Cotta, circa il fondamento estremo della sua stessa obbligatorietà, del suo carattere ontologicamente deontico, eppertanto in sé regolativo e della condotta individuale e delle prescrizioni compendiate dallo *ius in civitate positum*.

Può, allora, evitarsi un riferimento metafisico a Dio, quale sapiente e intelligente Autore dell'ordine della Creazione e quale Custode ineludibile di questo ordine... naturale?

Se è vero, cioè, che la ragione umana consente l'intelligenza del diritto naturale, e se è vero che il diritto naturale può essere ubbidito, come la giustizia può essere rispettata, anche senza ammetterne il fondamento teistico (in Dio), è altrettanto vero che questo fondamento non rappresenta esso stesso, a sua volta, una «indigenza seconda» della vera ragione metafisica? Una «indigenza ultima» di questa? In altri termini: la comprensione razionale del diritto naturale, basta essa stessa alla sua comprensione piena e compiuta? Alla sua fondazione ultima e alla sua ultima giustificazione?

Il riferimento *ultra*-fondativo all'ordine impresso dal Creatore al creato, rappresenta, allora, una mera eventualità della fede *lato sensu* intesa, o invece esso rappresenta una necessità della più profonda ragione contemplativa?

Il discorso –che è assai delicato, ce ne rendiamo conto– a nostro avviso va in questa sede mantenuto su di un piano eminentemente metafisico, filosofico, proprio per evitare quella critica di fideismo, la quale, per esempio, porta Bobbio a contestare che il riferimento a Dio, causa prima e fine ultimo dell'ordine proprio delle cose, rappresenti «un illusorio mascheramento di una fondazione religiosa»²⁶, cioè fideistica, del diritto naturale, il quale, conseguentemente, altro non sarebbe, se non «un ordine posto da un essere supremo, alla cui onnipotenza [del volere (nda)] attribuiamo l'origine di tutti i nostri doveri»²⁷.

25. Sergio COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., pp. 130 e ss.

26. Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972², p. 190.

27. *Ivi*, p. 188.

A questo proposito, allora, riteniamo davvero illuminante l'insegnamento (difficile, ma decisivo per la risposta alle nostre questioni) di Cornelio Fabro, il quale punto afferma che «fondare nel campo giuridico [...significa (nda)] trovare una Potenza assoluta che possa “garantire” al Singolo assolutamente l'esercizio del suo diritto e [che (nda)] possa “costringere” assolutamente gli altri a rispettarlo. [Di talché (nda)] questo principio, quando non sia l'Assoluto sussistente, è un fantoccio che cade al primo urto»²⁸.

Per esempio, se la fondazione del diritto risiedesse nella sovranità dello Stato –come affermano le varie teoriche sulle cc.dd. fonti del diritto– essa sarebbe tanto effimera, quanto effimero è il potere sovrano, il quale, invero, non solo dipend(-erebb-)e dal *quantum* della sua forza, ma al di là di questo aspetto, esso è sempre più spesso messo in discussione, come direbbe Ferrajoli, sia dall'alto, sia dal basso²⁹, e, aggiungiamo noi, anche da destra e da manca, visto che non solo le istanze regionalistiche e *supra*-nazionalistiche disgregolano la sovranità statuale, ma vi concorrono altresì, e forse con maggiore efficacia ancora, i cc.dd. poteri forti *ἐνδο*-statuali e *trans*-statuali della finanza, dei sindacati, dei gruppi di pressione, delle imprese multinazionali *et coetera*. Se invece, all'opposto, la fondazione del diritto dovesse albergare nella pretesa individuale – come affermano le varie teoriche *post*-moderne che fanno dell'autodeterminazione del *velle* il «criterio» dell'Ordinamento giuridicopositivo e il fine delle Istituzioni³⁰, essa fondazione risulterebbe tanto effimera, quanto effimero è o può essere il desiderio regolato dalla sola volontà capricciosa e dunque... privo di regola.

28. CORNELIO FABRO, *L'uomo e il rischio di Dio*, Roma, Studium, 1967, pp. 466 e ss.

29. Cfr. LUIGI FERRAJOLI, «La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi», in MAURIZIO BASCIU (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica. Trento, 29-30 Settembre 1994*, Milano, 1996, *passim*, in particolare pp. 64 e ss.

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

Per fondare l'obbligatorietà del diritto, dunque, –questo è il punto– non basta il suo riconoscimento razionale in guisa di ordine proprio delle cose (riconoscimento che è e resta indispensabile), ma occorre capire in virtù di quale istanza superiore (e *super*-individuale) ne sia imposto l'ossequio e il rispetto: si tratta di una «esigenza metafisica, [la quale –come scrive Fabro, commentando Kirkegaard– (nda)], precede la religione e in qualche modo giudica e vaglia la religione stessa»³¹, ché, infatti, la Religione, per non essere superstizione, dev'essere... religione della realtà e per la realtà, non modello alternativo alla realtà stessa, all'essere-in-sé del reale.

A questo proposito, allora, non interessa chi sia l'Assoluto sussistente del quale parla Fabro –questo sarebbe un discorso sopra la fede, non sopra il fondamento teistico del diritto e della morale–, ma solamente interessa la necessità razionale e logica di riconoscerne la sussistenza, allo scopo precipuo di sostanziare appieno e irrefragabilmente la giustificazione metafisica dell'obbligatorietà intrinseca all'*id quod iustum est*, giacché –come scrive anche Vanni Rovighi– «non ci sono valori oggettivi, se non c'è a fondamento del reale una volontà intelligente»³².

Infatti, come Fabro opportunamente ancora osserva, «l'istanza indispensabile per la fondazione teologica della normativa etico-giuridica appartiene [...] all'essenza della norma stessa [...]. L'essenza della sua fondazione è nel suo momento metafisico: la norma che regola l'agire dell'uomo in quanto uomo, dev'essere assoluta e trascendente; a) assoluta perché si deve radicare nella sua natura spirituale [...]; b) trascendente, sia perché deve poter rivendicare l'indipendenza dell'agire di fronte agli eguali [...], sia anche perché deve abbracciare [...] diritto e morale, i rapporti individuali e quelli sociali»³³. Quando il rispetto del diritto, dunque, sia «letto» solo come esigenza della ragione, e la sua obbligatorietà non sia giustificata e *super*-fondata nell'ubbidienza all'ordine naturale dell'Assoluto, quando, cioè, –per usare le parole di Pio XII– «Dio viene rinnegato, rimane scossa ogni base di moralità, si soffoca, o almeno si affievolisce di molto, la [stessa (nda)] voce della natura

namento, dello stesso nihilismo –per intenderci– che secondo l'analisi di Castellano sta alla base della laicità includente, quale laicità di Stato che «considera e include il fenomeno religioso [...] come diritto all'esercizio della libertà negativa» (Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, cit., p. 31).

31. Cornelio FABRO, *L'uomo e il rischio di Dio*, cit., p. 469.

32. Sofia VANNI ROVIGHI, «La legge naturale nella filosofia contemporanea», in AA.VV., *La legge naturale*, Bologna, Dehoniane, 1970, p. 161.

33. Cornelio FABRO, *L'uomo e il rischio di Dio*, cit., pp. 467 e ss.

che insegna persino agli indotti [...] ciò che è buono e ciò che è male [...] e fa sentire la responsabilità delle proprie azioni davanti a un Giudice supremo»³⁴. La negazione di un teismo metafisico alla base del diritto naturale, o, se si preferisce, la negazione della religiosità³⁵, quale fondamento dell'ubbidienza ai principii naturali e razionali della giustizia, per tanto, può dare luogo al verificarsi di una situazione, che potremmo definire «imperfetta», allorquando il diritto naturale stesso trovi comunque ossequio nella condotta libera di un essere umano.

Ebbene, l'ipotesi *de qua* si verifica quando l'uomo «vive moralmente [e giuridicamente (nda)] senza ammettere [*recte*, senza riconoscere (nda)] l'esistenza di Dio»³⁶. In questo caso –come bene rileva Pizzorni– egli «non ha ancora reso esplicito ciò che è implicito nell'essere autenticamente uomini»³⁷. L'autentica umanità, infatti, può essere intesa in due termini: uno ontologico, l'altro morale. L'umanità ontologica, ovviamente, è propria della persona in ragione della di lei natura umana e indipendentemente da ogn'altro fattore: volontà, atteggiamento, opzione personale, qualificazione normativa *et similia*. In questo caso essa non rileva, poiché rappresenta un *a priori*. Quella che abbiamo chiamata, forse impropriamente, umanità morale, invece, concerne l'esercizio del libero arbitrio e dipende da ciò che l'essere umano *compos sui* pone «liberamente» in essere con atto di autodeterminazione del proprio *velle*. Sotto questo profilo, allora, l'uomo può comportarsi sia umanamente, sia disumanamente, cioè egli può comportarsi sia in modo conforme alla propria natura, cioè in modo razionale, autodeterminando-si nel proprio essere (*secundum esse*), sia in modo difforme, irrazionale, autodeterminando un *velle* che non gli è proprio sul piano ontologico; che è sì suo, poiché a lui attribuibile, ma che non è consonante con la di lui natura. Ciò significa, allora, ripigliando il discorso, che quando l'uomo vive nel rispetto della giustizia naturale, pur pretermettendo egli la ragione ultima che ne sta alla base e che è in Dio, egli medesimo –come conclude Vanni Rovighi– «ammette implicita-

34. PIO XII, *Summi pontificatus*, 20 Ottobre 1939, n. 12, in IGINO GIORDANI (a cura di), *Le Encicliche sociali dei Papi*, Roma, Studium, 1956⁴, I, p. 679.

35. Dario Composta, per esempio, rileva che la religiosità «è una virtù umana che inclina l'uomo individualmente all'adorazione interiore e personale della divinità» (Dario COMPOSTA, *Filosofia del diritto*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1991, p. 274).

36. Reginaldo PIZZORNI, *Diritto etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, cit., p. 471.

37. *Ivi*, p. 471.

mente Dio»³⁸ anche se non ne ha o non ne può/vuole avere immediata contezza. Infatti «*conformatur scientia hominis scientiae divinae, inquantum cognoscit verum. Et actio hominis actioni divinae, [conformatur (nda)] inquantum est agenti conveniens*»³⁹, poiché la condotta dell'uomo rispettosa dell'ordine naturale delle cose, eppertanto rispettosa della giustizia, rappresenta *ex se* una condotta razionale e dunque una condotta confacente alla di lui natura umana, ond'essa si inserisce di fatto nell'ordine impresso da Dio al Creato rendendogli ossequio. Non a caso, lo stesso san Tommaso definisce la legge naturale come «*impressio divini luminis in nobis*»⁴⁰ e afferma che «*lumen rationis quod in nobis est, intantum potest nobis ostendere bona, et nostram voluntatem regulare, inquantum est lumen vultus tui, idest a vultu tuo derivatum*»⁴¹. Ecco allora che in questo primo caso –il quale abbiamo detto dare luogo a una situazione imperfetta– ci troviamo sì di fronte al rispetto del diritto naturale, e dunque di fronte al rispetto dell'ordine proprio del Creato, ma senza che esso sia supportato da una piena consapevolezza relativa alla necessaria ragione di tale rispetto e alla sua doverosità dinnanzi a un Assoluto metafisico, come direbbe Cornelio Fabro.

Il discorso, a questo punto, avviandosi alla conclusione, ci impone di dire se il vero riferimento teistico per la fondazione metafisica del diritto e per la sua compiuta giustificazione, possa limitarsi a un'invocazione positivista del *nomen Dei*, fatta all'interno di una c.d. norma fondamentale. È questo il caso, per esempio, del Preambolo alla Costituzione argentina («*invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*»), del Preambolo –ancora più significativo– alla Costituzione irlandese («*in the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred*»), del progetto di La Pira per la Costituzione italiana («in nome di Dio il popolo italiano si dà la seguente Costituzione») *et coetera*⁴². La risposta ovviamente è negativa, ma le ragioni per le quali non basta l'invocazione di Dio per fondare il diritto albergano (almeno) in due ordini di motivi. Un primo concerne l'essenza stessa dello Stato moderno, un secondo

38. Sofia VANNI ROVIGHI, «Legge e coscienza in San Tommaso», *Vita & Pensiero* (Milano), LIV (1971), p. 44.

39. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 19, a. 9, ad 1.

40. *Ivi*, q. 91, a. 2.

41. *Ivi*, q. 19, a. 4.

42. Si fa rinvio, sempre a titolo d'esempio, anche alla Costituzione della Pennsylvania del 1776, secondo la quale «all government [...] to enable the individuals [...] to enjoy their natural rights, and the other blessings which the Author of existence has bestowed upon man».

riguarda invece il rapporto tra ciò che si vuole fondare e la ragione stessa del suo fondamento.

Ebbene, per quanto concerne il primo profilo di problematicità, tosto rileva una dicotomia insanabile –già resa palese, per esempio, da D'Agostino⁴³– tra il dogma della sovranità che sta alla base dello Stato moderno e il principio di regalità che informa, invece, l'Assoluto metafisico. La sovranità, infatti, esclude in modo radicale e totale non solo il fondamento teistico delle norme che promanano dalle sue fonti, ma anche e innanzitutto la stessa possibilità di una regola oggettiva e vincolante, la quale consenta di giudicarle e di vagliarle sulla base di un criterio oggettivo e non volontaristico, transeunte.

Un Sistema che si-pretenda sovrano, infatti, da un lato non può cercare fondamenti al proprio «Ordinamento», i quali alberghino in qualche cosa di diverso rispetto al binomio potere-volere, cioè i quali alberghino in qualche cosa di diverso rispetto al dato contingente della propria effettività; e dall'altro esso stesso non ne abbisogna, poiché se ammettesse la necessità di una fondazione metafisica, già negherebbe l'auto-sufficienza del potere supremo e indipendente, e dunque la sua stessa *causa essendi*. Le «ragioni» che lo Stato sovrano sottende all'esecuzione dei proprii comandi e delle proprie leggi, dunque, allignano e debbono allignare nella mera necessità di prestarne ossequio per evitare il pregiudizio della sanzione. E non a caso –ci limitiamo a un cenno– le varie Dottrine della sovranità fanno, della sanzione e della sua effettività, il *proprium* della norma giuridica, l'elemento qualificante il fatto stesso della giuridicità intesa come legalità positiva⁴⁴. Un tanto, allora, risulta metafisicamente inconciliabile con la stessa idea dell'Assoluto: a Dio, infatti, non competono poteri sovrani, non compete, cioè, il dominio e il delirio dell'onnipotenza del *velle*, ma all'opposto compete l'autorità regale, la potestà regia, il potere, cioè, di ordinare l'Universo secondo l'ordine che gli è proprio, in vista della perfezione del Bene che deve raggiungere. Un Dio sovrano che possa qualunque cosa, a suo capriccio –che possa il male, per esempio– non è l'Assoluto metafisico del

43. Cfr. Carlo Francesco D'AGOSTINO, *C'è speranza per l'Italia? Sovranità del popolo o regalità di Cristo?*, in *Quaderni della nuova alleanza per un vero Risorgimento d'Italia*, Trento, L'Alleanza Italiana, 24.

44. Vero è che «la centralizzazione nell'ambito degli organi statuali della funzione normativa comporta che non esiste altro diritto se non quello che promana dagli organi dello Stato» (Francesco GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007¹³, p. 10). *Similiter* si legga Fausto CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003¹², p. 6, secondo il quale, infatti, «la statualità del diritto [...] si fonda evidentemente sulla concezione del potere autoritario dello Stato come elemento qualificante del diritto» (*Ibid.*).

quale scrive Fabro, non è e non può essere la ragione ultima e la causa prima dell'ordine naturale delle cose, ma solamente un Idolo, l'oggetto di una credenza superstiziosa, nulla più! Peraltro –si badi– qualora il predicato d'Iddio fosse la sovranità del suo capriccio, lo stesso creato non avrebbe e non potrebbe avere alcun ordine razionale, tantomeno esso potrebbe essere umanamente compreso e rispettato.

Per quanto concerne, da ultimo, il rapporto tra ciò che si vuole fondare e la ragione stessa del suo fondamento, tosto occorre precisare che la fondazione metafisica del diritto e della morale nell'Assoluto, in Dio, non rappresenta il cominciamento *a priori* della riflessione sopra il diritto; essa non rappresenta, cioè, un dogma che viene assunto, allo stesso modo nel quale potrebbe essere assunto uno diverso; non è, in ultima istanza, il frutto di un'opzione storicamente operata da un dato potere c.d. costituente, o da una effettiva volontà *lato sensu* politica. Al contrario, la fondazione metafisica del diritto e della morale nell'Assoluto rappresenta la risposta a un'indigenza di e della ragione contemplativa. Conseguentemente, solo attraverso la previa intelligenza del diritto naturale, dell'ordine proprio delle cose, della dimensione ontologica del reale, dell'essenza normativa e regolativa della *natura rerum*, può sorgere e sorge –spontanea, diremo– la necessità di una ulteriore e più profonda giustificazione della loro obbligatorietà morale e giuridica. Non è da Dio, dunque, che si arriva al diritto naturale, per atto di fede, ma è dal diritto naturale che si arriva a Dio per necessità della ragione. Che poi «*gratia non tollit naturam sed perficit eam*»⁴⁵ e dunque con la coscienza dell'Assoluto si possano meglio e appieno comprendere le ragioni fondative in virtù delle quali il diritto obbliga, questo è del tutto evidente.

45. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 109.