

DOTTRINA

IL RAPPORTO TRA DIRITTO E NORMA. CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELLE PROPOSTE DI MICHEL VILLEY, SERGIO COTTA E JAVIER HERVADA

EDUARDO BAURA

«Studium philosophiae non est ad hoc quod sciatur quid homines senserint, sed qualiter se habeat veritas rerum».

SAN TOMMASO D'AQUINO, *Aristotelis libri. In De caelo et mundo*,
Lib. I, lectio 22

RIASSUNTO · Facendo tesoro degli apporti dei filosofi del diritto Villey, Cotta e Hervada, si distingue la realtà del diritto inteso come il *suum* dovuto, oggetto della virtù della giustizia, dalla norma giuridica intesa come regola della condotta giusta. Si analizzano le nozioni di *ius* e di norma e poi si studia il rapporto tra la norma e il diritto, cercando di individuare soprattutto i collegamenti di causalità. L'articolo finisce con alcune considerazioni circa la conoscenza della norma in ordine all'individuazione dello *ius*.

PAROLE CHIAVE: diritto, norma, regola, legge, giustizia.

ABSTRACT · *The relationship between right (ius) and norm. Considerations in the light of Michel Villey, Sergio Cotta and Javier Hervada proposals* · Taking advantage of the contributions of the juridical philosophers Villey, Cotta and Hervada enables the distinction of the *ius* intended as the owed *suum*, object of the virtue of justice, from the juridical norm understood as a rule of right conduct. This article analyzes the notions of *ius* and norm, proceeding to study the relationship between the norm and the right (*ius*), with the aim of identifying, primarily, the links of causality. The article concludes with some considerations about the knowledge of the norm with regard to the identification of the *ius*.

KEYWORDS: right, norm, rule, law, justice.

<http://baura.pusc.it>, Pontificia Università della Santa Croce.

SOMMARIO: 1. Terminologia e concettualizzazione. – 2. Il giusto. 2. 1. L'esistenza della *ipsa res iusta*. – 2. 2. Il fondamento del diritto. – 2. 3. Il contenuto dello *ius*. – 3. La norma. – 3. 1. L'esistenza delle regole obbliganti. – 3. 2. La norma divina. – 3. 3. L'obbligatorietà della norma umana. – 4. Il trinomio norma-diritto-atto. – 5. Il sapere giuridico.

1. TERMINOLOGIA E CONCETTUALIZZAZIONE

IL giurista, secondo l'etimologia del termine, sarebbe un esperto nello *ius*, nell'«ars boni et aequi». ¹ La scienza del diritto – la *iurisprudencia* –, secondo la classica definizione tramandata da Ulpiano, sarebbe la «iusti atque iniusti scientia». ² Eppure, il giurista è solitamente conosciuto come l'esperto nella *lex*, al punto che è abituale identificare la scienza giuridica con lo studio delle leggi. Ed è fin troppo notorio come esista l'idea comune che identifica il diritto – il cosiddetto “diritto oggettivo” – con l'insieme di leggi vigenti in un determinato luogo. Si pongono, dunque, i problemi della distinzione della *lex* dallo *ius* e dell'identificazione del loro rapporto.

Giova rilevare come la parola latina *ius* sia rimasta nelle lingue moderne soltanto nei termini derivati (giustizia, giurista, giuridico, giurisdizione), mentre per parlare dello *ius* si impiega la parola *diritto*, che fa riferimento ad un indirizzo retto, ad un orientamento “regolato”. ³ Si comprende, quindi, la tendenza a usare la parola *diritto* per riferirsi alla norma o all'insieme di norme. Questa mera constatazione potrebbe portare a vedere la differenza tra *ius* e *lex* come obsoleta, e quindi alla convenienza di abbandonarla. Ciò non di meno, la questione non è terminologica, non si tratta di dirimere quale debba essere il contenuto semantico del termine *diritto* e di quello di *norma* o di *legge*, ma si tratta di esaminare la realtà giuridica e di scoprire quali siano gli elementi reali esistenti.

Nell'osservazione del fenomeno giuridico, si nota soprattutto che la persona umana ha un dominio su sé stessa, che è *sui iuris*, e che è capace di dominare il suo intorno, e al tempo stesso che esiste una certa ripartizione di beni, in modo tale che si può affermare che una determinata cosa appartenga ad un soggetto e non ad un altro. Si scorge anche che certe cose, pur appartenendo ad una persona, possano essere nel potere di un'altra. ⁴ Esistono in definitiva “cose” che sono di una persona e che un altro deve dargliele o

¹ Dig. 1.1.1.

² Dig. 1.1.10.

³ È così nelle altre lingue di radice latina (*derecho*, *droit*, *direito*), e lo stesso fenomeno si può verificare nell'uso della parola inglese *right* e in quella tedesca *Recht*, sebbene in questa ultima lingua la parola *giustizia* (*Gerechtigkeit*) mantenga il riferimento al *Recht*.

⁴ Queste considerazioni stanno al centro del pensiero di Hervada, come si vedrà più avanti.

restituirgli. Tali cose costituiscono ciò che a Roma si denominava *ius*, che costituisce l'oggetto della virtù della giustizia, secondo la famosa definizione di Ulpiano accolta e tramandata dalla tradizione cristiana.⁵

Assieme al *suum* di ognuno, ai beni dovuti, l'esperienza giuridica rileva come esistano anche delle regole di condotta, norme di organizzazione, leggi emanate dal potere sociale e patti normativi. Insomma, oltre agli *iura* esistono le *leges*, in modo tale che emerge la questione del chiarimento della loro distinzione e del loro rapporto causale.

È indiscusso che la scienza giuridica non è filosofia e, quindi, non si deve occupare dell'analisi delle cause ultime del fenomeno giuridico. Spetta, invece, alla scienza del diritto sistematizzare le sue conoscenze, classificare le diverse tipologie del fenomeno giuridico e creare, quindi, nozioni "formali", vale a dire concetti creati in funzione degli effetti giuridici delle realtà contenute in tali nozioni. Nascono così i concetti giuridici, i quali possono essere legali (creati dallo stesso legislatore per regolare gli effetti giuridici di diversi fenomeni) oppure di origine dottrinale. Il fatto di adoperare concetti formali non toglie tuttavia che il cultore della scienza giuridica non possa e non debba interrogarsi sull'essenza di ciò che costituisce l'oggetto del suo studio, poiché le nozioni adoperate, per quanto formali, devono comunque riflettere un aspetto, sia pure assai parziale, della realtà delle cose.⁶ Certamente lo studio delle diverse tipologie fenomenologiche delle norme e dei diritti aiutano a riflettere sulla natura comune di questi fenomeni, ma è ovvio che per un approfondimento di questo tipo l'apporto della filosofia del diritto è imprescindibile.

Senza pretendere di addentrarmi nel terreno filosofico alla ricerca del fondamento ultimo della realtà giuridica, in questo lavoro mi prefiggo di analizzare l'essenza della norma e del diritto, cercando di capire il loro rapporto, servendomi del pensiero dei tre grandi filosofi del diritto del ventesimo secolo – Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada –, i quali, per vie ben diverse, sono arrivati ad alcune conclusioni che consentono di chiarire la

⁵ «Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (*Dig.* 1.1.10).

⁶ In un interessante studio sui diversi livelli di conoscenza del fenomeno giuridico (J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963), apprezzabile tra l'altro per la lucida distinzione tra le prospettive filosofica, scientifica e prudenziale del diritto, l'autore ritiene che la scienza giuridica non debba pretendere di giungere alle definizioni essenziali della realtà giuridica, essendo ciò appannaggio della filosofia del diritto (cfr., per esempio, p. 30). Mi sembra chiaro che la scienza giuridica debba operare spesso con concetti costruiti mediante generalizzazione o con nozioni che vengono convenzionalmente fissate dalla legislazione o dalla dottrina. Tuttavia, ritengo che ciò non esima il giurista dal chiedersi sovente, senza abbandonare per ciò il livello scientifico, quale sia l'essenza delle cose, onde cogliere la loro giuridicità e costruire i concetti giuridici (legali e dottrinali) precisamente a partire dalla conoscenza essenziale. Alla filosofia del diritto resterebbe pur sempre il compito di interrogarsi circa le cause ultime di quelle realtà.

distinzione e il rapporto tra diritto e norma. Chiarisco subito che il mio intento non è quello di realizzare una disanima del pensiero di questi filosofi allo scopo di individuare esattamente quale fosse l'idea di ciascuno di loro sul punto, ma di riflettere sul rapporto tra norma e diritto facendo tesoro dell'apporto di questi tre pensatori. A tale scopo, analizzerò dapprima le nozioni di diritto e norma basandomi sul loro contributo, senza altra pretesa che quella di chiarire i concetti, per poi cercare di offrire una spiegazione di come interagiscano il diritto e la norma e proporre alcune riflessioni sullo studio del diritto derivate da un approccio realistico dell'esperienza giuridica.⁷

2. IL GIUSTO

2. 1. *L'esistenza della ipsa res iusta*

Uno dei filosofi richiamati, Michel Villey, partiva proprio dalla considerazione della traduzione dello *ius* nelle lingue moderne per far notare come la via diritta non fosse altro che l'osservanza della condotta giusta e, quindi, quanto fosse opportuno riprendere l'idea secondo cui lo *ius* non sarebbe altro che lo *iustum*.⁸

Tanto Villey quanto Hervada – quest'ultimo almeno nella fase di maturità del suo pensiero⁹ – partono dall'idea di diritto di san Tommaso d'Aquino, il quale, nel trattato sulla giustizia, interrompe il suo solito schema adoperato nell'analisi delle virtù, per introdurre una questione preliminare sull'essenza del diritto, in cui conclude che esso è la *ipsa res iusta*, l'oggetto della virtù della giustizia.¹⁰ L'esistenza degli *iura* proviene dal fatto che esiste una ripartizione di beni, in modo tale che si può affermare che una determinata cosa appartiene a una persona o a un gruppo di persone.¹¹ L'atto di distribuzione

⁷ In questa sede, userò soprattutto il termine *norma*, sebbene parlerò anche di regole, mentre la parola *legge* la userò soltanto in riferimento alla norma emanata dall'autorità oppure quando dovrò citare qualche autore che parla di legge in senso generico. Lungo lo studio cercherò di determinare i concetti usati, consapevole che, come è stato osservato (cfr. M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 20), la storia del pensiero giuridico riflette la storia della confusione dei termini adoperati (dovuta alla loro polisemia) e la commistione dei diversi livelli di conoscenza.

⁸ Cfr. IDEM, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 111-131.

⁹ Sulla rilevanza della scoperta da parte di Hervada del diritto come la *ipsa res iusta* per tutto il suo pensiero giuridico, cfr. M. DEL POZZO, *La evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, Edusc, 2005.

¹⁰ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57. Su questo modo di procedere nella trattazione della giustizia, cfr. J. PIEPER, *Sulla giustizia*, tr. italiana di E. Morselli, Brescia-Milano, Morcelliana, 1975, pp. 15-16.

¹¹ Per quanto riguarda il pensiero del filosofo francese su questo punto, cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979 (ed. curata da J. Hervada; titolo originale: *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, la cui pri-

è ciò che costituisce il diritto; si distingue, quindi, nettamente l'atto costitutivo del diritto dal susseguente atto dovuto in giustizia.

I due autori citati assumono quindi l'idea che lo *ius* è la *ipsa res iusta*, qualcosa cioè di esterno e obiettivo, che appartiene ad un soggetto ma che può essere in potere di un altro, e quest'ultimo ha di conseguenza il dovere di rispettare o di dare.¹² Vale a dire, il dovere giuridico – termine derivato da *ius* – è il dovere di giustizia, derivato dal diritto: bisogna dare all'altro ciò che è suo proprio perché è suo. Il diritto pertanto ha un'intrinseca doverosità.

La condotta giusta dipende pertanto dal diritto. È giusto colui che soddisfa il diritto. Per Villey – forse con un'esagerazione frutto dello scopo di evidenziare l'oggettività e l'alterità proprie del diritto –, l'arte giuridica apparterebbe ad un ambito totalmente diverso da quello della morale.¹³ Certamente l'arte giuridica non si preoccupa di quella giustizia generale riguardante l'integrità della vita morale, ma il dovere giuridico, il dovere, cioè, di dare a ciascuno il suo, è il dovere dell'agire umano libero e, pertanto, in sé stesso non è che una specie del dovere morale. Altro discorso è che al giurista interessi soltanto la soddisfazione oggettiva del diritto, indipendentemente dalla rettitudine interna della condotta del debitore. Peraltro, la negazione del carattere morale del dovere giuridico, a parte il fatto che non si capisce quale sarebbe la natura del dovere giuridico, può portare a confondere l'obbligo giuridico con la coazione sociale, come se il dovere giuridico dipendesse dall'efficacia della coercizione da parte di chi possiede il potere.

2. 2. Il fondamento del diritto

La ripartizione dei beni e la possibilità che un bene appartenente ad un soggetto stia sotto il potere di un altro sono i dati di fatto che consentono di

ma edizione è del 1975) e IDEM, *Si la théorie générale du droit, pour saint Thomas, est une théorie de la loi*, «Archives de philosophie du droit», n. 17: *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 427; inoltre, lungo tutta la disanima della storia del pensiero giuridico esposta nella sua opera *La formazione del pensiero giuridico moderno* (tr. it. di R. D'Ettore, F. D'Agostino, Milano, Jaca Book, 1985), si nota la sua concezione del diritto come ciò che è giusto, frutto della ripartizione. Quanto a Hervada si può vedere, J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990 (la prima edizione originale spagnola è del 1981), pp. 9-18 e IDEM, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008⁴, pp. 157-159.

¹² Invero Michel Villey si riferisce talvolta all'essenza dello *ius* come l'oggettiva giusta relazione, in modo tale che il diritto non sarebbe la stessa cosa in quanto è in relazione con il suo titolare e il debitore, ma la relazione stessa (cfr. J. P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, pp. 136-137).

¹³ Cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofia del Derecho...*, cit., pp. 227-228, dove tra l'altro critica il concetto di obbligazione inteso come dovere morale, anziché come valore patrimoniale, e il contratto come promessa, anziché come scambio di beni. L'autore, nella sua finalità di marcare la differenza tra il diritto e la legge, giunge perfino ad affermare che il diritto non derivi dalla legge naturale morale (cfr. IDEM, *La nature et la loi. Une philosophie du droit*, Paris, Cerf, 2014, p. 142).

parlare di un traffico giuridico; spetta, poi, alla filosofia porsi il problema del fondamento ultimo del diritto e dell'origine della sua doverosità. Per Javier Hervada, tale fondamento non è altro che la stessa dignità dell'essere personale dell'uomo: «Una persona è un essere che è così intensamente essere – è essere in modo tale – da dominare il proprio essere. Per questo la persona è *sui iuris*, padrona del proprio essere (...) Tale dominio essenziale si manifesta nel reale e libero dominio delle proprie azioni»,¹⁴ il quale può venir meno nel suo esercizio, come nel caso dei minorenni e dei dementi, ma nella sua radicalità ontologica qualunque persona umana si appartiene. Con ciò, viene individuato il fondamento del perché una persona umana può dire con verità che una determinata cosa è, radicalmente, “sua”.

Una volta affermata la realtà dell'appartenenza delle cose alle singole persone, resterebbe, però, da trovare il fondamento, la ragione ultima, del dovere di rispettare questa realtà, cioè il fondamento del dovere giuridico. Non va dimenticato, infatti, che lo *ius* non è solo il *suum*, ma il *suum* dovuto. Naturalmente, la prima risposta è che bisogna dare a ciascuno il suo proprio perché è suo: il dovere proviene dall'essere delle cose, consiste nella necessità di rispettare l'essere perché esso è il bene. Tuttavia, si può ancora cercare di capire meglio la necessità di rispettare ciò che è di ognuno.

Per Hervada la dignità dell'essere personale umano postulerebbe un dover essere e, per quanto riguarda specificamente la doverosità giuridica, essa si radicherebbe nel fatto che l'uomo è un essere in relazione sociale. La socialità è fondata nella conoscenza e nell'amore. L'essere in relazione proprio della persona umana è una perfezione costitutiva della sua dignità, che è perfezionata mediante la razionalità e la libertà. Pertanto, la realizzazione della socialità è un dover essere.¹⁵

A questo punto può essere illuminante la riflessione di Sergio Cotta circa la coesistenza umana. Osserva questo filosofo che l'esistenza implica possibilità, finitezza, contingenza, e la contingenza è difettiva dell'essere, necessita l'essere, al punto che si può ritenere che il dover essere è in realtà un dover di essere.¹⁶ D'altra parte, Cotta fa notare che «l'essere del nostro esserci [...] è un con-esserci».¹⁷ Non si tratta di una mera constatazione fenomenica della coesistenza umana, ma dell'osservazione della struttura ontologica dell'essere umano, che porta ad accorgersi che l'altro ha le stesse capacità dell'io, che è comune il dover essere come dover di essere, che esiste una “compossibilità”¹⁸

¹⁴ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 55. Per una spiegazione profusa della dignità della persona umana quale fondamento del diritto, cfr. IDEM, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 423-469.

¹⁵ Cfr. *ivi*, p. 461.

¹⁶ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 147-150.

¹⁷ *Ivi*, p. 25.

¹⁸ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991², pp. 56-57.

delle pretese e, infine, che la “difettività” dell’io può essere colmata dall’accoglienza dell’altro.¹⁹ Tale coesistenza avrebbe bisogno di una regola ordinatrice,²⁰ in modo tale che è proprio nella coesistenza che il filosofo fiorentino trova la giustificazione della norma. Ma, a mio modo di vedere, la coesistenza intesa in questo modo spiega soprattutto l’esistenza dei diritti e fonda la necessità di dare all’altro ciò che è suo. D’altronde, se si parte dalla fede, si concepisce l’uomo come l’essere fatto ad immagine e somiglianza della Trinità delle relazioni sussistenti, e si comprende quindi come la persona umana sia, sì, una sostanza, ma anche un soggetto ontologicamente in rapporto con altri, in modo tale che, per raggiungere la sua perfezione, ha bisogno di dare e di ricevere in relazioni interpersonali. Insomma, volendo trovare una giustificazione della legge, Sergio Cotta ha offerto, mediante la riflessione sulla coesistenza umana, una spiegazione profonda del fondamento del diritto e del dovere di dare all’altro il *suum*.

2. 3. Il contenuto dello *ius*

Il diritto è tutt’altro che astratto. È una *res*, che appartiene ad una persona. Il diritto è l’oggetto della giustizia, ma non della giustizia idealizzata, intesa piuttosto come un valore o un ideale, ma di quella virtù che consiste nel dare a ciascuno il suo.²¹ L’eguaglianza abbinata alla giustizia, rappresentata classicamente con l’icona della bilancia, fa riferimento alla corrispondenza esatta tra il dovuto e il diritto.²² Lo *ius* è, quindi, qualcosa di ben determinato, talvolta delimitato da confini spaziali o temporali (si pensi ai limiti di un bene immobile o al diritto al ricorso sottoposto ad un termine perentorio), altre volte definito mediante altri criteri (conoscenze, competenze, capacità, e tanti altri).

L’arte giuridica, l’*ars boni et aequi*, che consiste sostanzialmente nello *iudicare*, non può limitarsi ad identificare il diritto, ma deve anche segnalarne i limiti e le modalità. Il giurista è, appunto, colui che sa indicare il diritto e precisare i suoi limiti.

La relazione tra le cose esterne e la persona può presentare diverse modalità: qualcuno può affermare, per esempio, che una casa è sua nel senso che ne è il proprietario oppure perché ne gode del diritto di uso in quanto

¹⁹ «Il “con-esserci” si rivela espressione ontico-fenomenica della *relazione di accoglienza reciproca*, implicata nella difettività-bisogno di essere dell’essente e nella struttura ontologico duale. Designo tale relazione col termine di coesistenza» (IDEM, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., p. 150).

²⁰ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza...*, cit., p. 145.

²¹ Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, p. 31.

²² Cfr. J. HERVADA, *Cos’è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Roma, Edusc, 2013, pp. 32-34.

affittuario. Il *suum*, quindi, ha diverse modalità.²³ Tuttavia, il diritto è la stessa cosa (un oggetto materiale, l'uso, una funzione, ecc.), in quanto appartenente ad un soggetto e perciò dovutagli. Lo *ius* non consiste essenzialmente nel potere del soggetto sulla cosa, non è, cioè, necessariamente ed esclusivamente il diritto soggettivo, ma la cosa in quanto appartenente alla persona; ciò che l'altro deve dare non è il solo riconoscimento del potere sulla cosa, ma la cosa stessa in quanto e nella modalità che gli appartiene.

Circa la consistenza del diritto quale la cosa stessa dovuta in giustizia ha molto insistito Michel Villey, avvertendo del pericolo di confondere il diritto con il diritto soggettivo, idea che è stata anche ripresa da Hervada.²⁴ Per il filosofo francese, la confusione trova le sue radici nel nominalismo di Guglielmo di Ockham, il quale fa tra l'altro spostare il fuoco dell'attenzione dall'oggettività della realtà esterna al potere dei singoli.²⁵ Va riconosciuto il fatto che il potere della persona su un ambito della realtà, la sua facoltà di rivendicare un qualcosa sono *res* giuste e quindi costituiscono un tipo di diritto, ma non esauriscono il modo di essere del diritto e, soprattutto, se il singolo ha un potere su una cosa o a una cosa, cioè se ha un diritto soggettivo, è proprio perché la cosa in qualche modo gli appartiene; e ciò che è dovuta è la cosa stessa in quanto sua. La confusione del diritto con il solo diritto soggettivo porta ad una visione vuota, formalistica, della giustizia, la quale si accontenterebbe di riconoscere le facoltà individuali, disinteressandosi invece del fatto che vengano rispettati i beni reali appartenenti alle persone, perché la distribuzione reale delle cose sarebbe un problema tecnico, di ordine economico o politico, che esulerebbe dall'ambito giuridico.

Al di là di quale sia l'origine storica della confusione tra il diritto e il diritto soggettivo, è illuminante l'insistente avvertenza di Villey circa il rischio di concepire, come tende a fare il pensiero moderno, il diritto come potere, in modo tale che il diritto non sarebbe frutto della natura ma dello spirito umano. Se così fosse, il diritto sarebbe alla mercé della ragione (razionalismo giuridico) oppure della volontà arbitraria (volontarismo normativista).²⁶ In ogni caso, il diritto sarebbe indipendente dalla realtà delle cose.

Viceversa un approccio realistico dell'esperienza giuridica vede lo *ius* come quelle *res* appartenenti ai soggetti, che sono dovute dagli altri. Se sono

²³ Cfr. *ivi*, p. 46.

²⁴ Per il pensiero del pensatore francese su questo punto si può vedere M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno...*, cit., pp. 195-224. Per quanto riguarda invece la dottrina del giurista spagnolo, cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 237-244 e *Cos'è il diritto?*..., cit., pp. 41-44.

²⁵ Sulla precisione dell'origine storica del diritto soggettivo additata da Villey, cfr. T. SOL, *Droit subjectif ou droit objectif?: la notion de ius en droit sacramentaire au XI^e siècle*, Brepols, Turnhout, 2017, specie pp. 9-17 e 277-279.

²⁶ Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit...*, cit., pp. 41-42.

dovute è perché c'è una necessità di essere. Bisogna, infatti, dare lo *ius* a ciascuno perché tale *ipsa res iusta* è qualcosa appartenente all'essere della persona, che esprime la sua dignità di essere personale e in qualche modo la perfeziona. In definitiva, lo *ius* è dovuto perché è un bene della persona. La dimensione di bontà della *res iusta* è oggettiva: il diritto è, insomma, un bene oggettivo appartenente ad un soggetto. Peraltro, la considerazione del diritto come un bene oggettivo è la chiave di volta per capire come il rapporto tra giustizia e misericordia non sia mai dialettico, giacché in ogni caso si sta trattando sempre del bene dell'uomo.²⁷

Tale visione contrasta con il relativismo e il soggettivismo. Il relativismo, non riconoscendo l'oggettività dei beni della persona, è costretto a lasciare la definizione delle cose appartenenti ai soggetti alla decisione del potere dominante in ogni epoca storica, cadendo in questo modo nel despotismo arbitrario.²⁸ Basterebbe considerare, infatti, come ad una stessa formulazione dei diritti umani gli venga data di volta in volta un significato diverso, come è successo con il diritto al matrimonio o il diritto alla vita. Da parte sua, il soggettivismo porta a confondere il bene di una persona con il risultato del suo potere. Da questa prospettiva si tende ad identificare il diritto con il desiderio dell'interessato e, quindi, i diritti con le pretese del singolo per il solo fatto che esse sono volute. Si parla così dei "nuovi diritti", che sono per la maggior parte falsi diritti e talvolta ingiustizie clamorose. Il relativismo e il

²⁷ Circa il rapporto tra giustizia e misericordia rinvio a E. BAURA, *Misericordia e diritto nella Chiesa*, in *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*, a cura di E. Güthoff, S. Haering, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 23-37.

²⁸ Emblematica di questo pensiero è la posizione di M. MACDONALD (cfr. *Natural Rights*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 47 [1946-1947], pp. 225-250), ispirata dalla filosofia di Karl R. Popper, secondo cui, non essendoci un fine (oggettivo) dell'uomo, esistono solo fini scelti dai singoli, in modo tale che i c.d. diritti naturali sarebbero condizioni di una buona società determinate dalle decisioni umane («There is no end set for the human race by an abstraction called "human nature". There are only ends which individuals choose, or are forced by circumstances to accept. There are none which they *must* accept. Men are not created for a purpose as a piano is built to produce certain sounds. Or if they are we have no idea of the purpose» *ivi*, pp. 237-238). Mi sembra che la ben nota posizione di Rawls circa la comune accettazione delle regole rifletta la stessa problematicità.

In realtà, ogni volta che non si riconosce il valore giuridico della legge morale oppure non si accetta una connessione essenziale, necessaria, tra la moralità e la norma giuridica si cade nell'arbitrarietà del positivismo giuridico, per quanto si intenda superare questo approccio filosofico. È il caso di Herbert Lionel Adolphus Hart (il quale giunge ad affermare che «there are no necessary conceptual connections between the content of law and morality; and hence morally iniquitous provisions may be valid as legal rules of principles», in *Postscript*, in H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 268) e del suo discepolo Joseph Raz; per un'analisi critica della loro posizione, cfr. la recente tesi dottorale di P. POPOVIĆ, *The Juridical Domain of Natural Law. A View from Michael Villey's and Javier Hervada's Juridical Realism within the Context of Contemporary Juridico-Philosophical Perspectives on the "Law-Morality" Intersection*, Roma, Edusc, 2019, pp. 24-50.

soggettivismo portano pure all'arbitrarietà nel considerare l'ingiusto, sicché l'offesa ingiusta dipenderebbe dal sentimento soggettivo del preteso offeso oppure dalla sensibilità sociale del momento, indipendentemente dall'oggettività della presenza o meno di un'ingiuria, con il conseguente rischio, purtroppo non meramente accademico, di limitare o azzerare la legittima libertà di espressione o di azione.

L'oggettività del bene del diritto è basata sulla dimensione naturale del diritto stesso. Giova osservare come tutti e tre i filosofi qui considerati accolgano, pur da prospettive diverse, la concezione classica secondo cui il diritto naturale è presente nel diritto positivo, giacché tutto ciò che è culturale non può non basarsi sulla natura, al punto che non può esistere un diritto puramente positivo.²⁹

3. LA NORMA

3. 1. *L'esistenza delle regole obbliganti*

L'esame dello *ius* ha portato a vedere come il diritto rechi con sé una dimensione di doverosità; esso non è solo il *suum*, ma il *suum* dovuto da un altro. Nella vita sociale, però, si riscontra un dovere che non appare come proveniente, almeno immediatamente, da un diritto ma piuttosto da una regola. Occorre, dunque, porsi il problema della norma giuridica.

Il termine *norma* designava originariamente lo strumento di misura dei campi, una regola a forma di squadra.³⁰ Applicato in ambito morale, norma significa misura, regola degli atti umani. Assieme all'idea di regola, il termine *norma*, usato in riferimento alla condotta umana, esprime l'idea di obbligatorietà, al punto che si usano come sinonimi le parole *obbligante* e *normativo*. A ben guardare, una misura, una qualifica della condotta umana, è al contempo in qualche modo obbligante, in quanto indica l'idea a cui si devono adeguare gli atti degli uomini perché raggiungano il bene a cui si riferisce la norma. In questo senso san Tommaso d'Aquino descriveva la norma affermando che «*quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur*». ³¹

²⁹ Il discorso è presente lungo le rispettive opere scientifiche. Ad ogni modo, può vedersi questo assunto in S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 235-305; M. VILLEY, *Compendio de Filosofia del Derecho...*, cit., p. 225 e J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 475-487 e, soprattutto, 511-515.

³⁰ Cfr. A. D'ORS, *Sobre la palabra "norma" en Derecho Canónico*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del tercer Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona, Eunsa, 1979, pp. 817-821.

³¹ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 1. Occorre segnalare ad onor del vero che la definizione testé riportata è riferita alla legge. È chiaro che i vocaboli *norma* e *legge* sono usati in sensi molto diversi a seconda del contesto. Di norma e di legge si

Non è infrequente, però, definire la norma come un giudizio deontico, come una proposizione prescrittiva oppure, nella famosa teoria kelseniana, come un giudizio ipotetico. Va, tuttavia, ben distinta la manifestazione fenomenica della norma dalla norma stessa. Essendo la norma una regola, una *ratio* del comportamento, può compiere la sua funzione solo se viene recepita dalla ragione del soggetto, il quale, infatti, dovrà enunciare un giudizio della ragione pratica, come anche l'autore della norma dovrà esprimere in qualche modo la regola che vuole stabilire. Ad ogni modo, la norma è la regola obbligatoria della condotta, mentre un giudizio è un enunciato della ragione, un mero intreccio logico dal quale non può derivare un dovere.³² Perfino Sergio Cotta, che parte dall'ammissione della definizione di norma come giudizio deontico (che presupporrebbe, nella sua opinione, un giudizio aletico e un altro valutativo),³³ volendo trovare la ragione dell'obbligatorietà di siffatto giudizio, si vede costretto a precisare che la norma vincolante non è solo l'enunciato deontico ma anche la sua interpretazione, la quale dovrà necessariamente cercare la giustificazione presente anche nella genesi della norma, in modo tale che la norma, a ben guardare, non sarebbe il mero giudizio deontico ma piuttosto il plesso triadico composto dall'enunciato, la giustificazione e l'interpretazione.³⁴

La norma è, quindi, una regola della condotta, un criterio di comportamento escogitato dalla ragione, una *ratio* dell'attività. Hervada, prendendo le mosse dalla definizione tomista di legge come «rationis ordinatio»,³⁵ afferma che la norma è un'ordinazione,³⁶ e critica la definizione di norma come regola perché riduttiva, giacché la norma potrebbe essere principalmente costitutiva e solo indirettamente regolatrice.³⁷ Invero l'ordinazione – che è chiamata comunemente norma o legge – può avere come oggetto l'assegnazione di beni, funzioni, cariche, ecc., ma da tale ordinazione sorge comunque la regola di rispettare l'ordine stabilito.

Va, peraltro, osservato che la norma giuridica non è qualsiasi regola, ma essa deve avere la caratteristica dell'obbligatorietà. Non per nulla Sergio

parla perfino nell'ambito dei fenomeni fisici. Altro è l'uso di questa terminologia nel campo morale, altro è nel livello scientifico del diritto, dove si può nettamente identificare la legge come una specie all'interno del genere norma, consistente, cioè, in quella norma data per iscritto da colui che gode della potestà di regolare la vita sociale. In questa sede ciò che interessa considerare principalmente è la sostanza del fenomeno consistente in una regola di condotta umana e il suo rapporto con lo *ius*, e, da questo punto di vista, si può accettare l'uso di prendere come sinonimi i termini *norma* e *lex*, come nella citata definizione dell'Aquinate.

³² Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 323-327.

³³ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 189-190.

³⁴ Cfr. IDEM, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., pp. 5-10.

³⁵ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 4.

³⁶ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 328.

³⁷ Cfr. *ivi*, p. 323.

Cotta dedica una buona parte dei suoi sforzi a cogliere la differenza tra la natura della regola ludica e quella della regola giuridica.³⁸ A me sembra che qualsiasi regola abbia in sé una certa doverosità, nel senso che, se si desidera svolgere l'attività regolata o raggiungere lo scopo prefigurato dalla regola si dovrà seguire la norma prevista (se si vuole praticare un determinato gioco è necessario seguire le corrispondenti regole); il punto sta che nel caso della norma giuridica, la necessità è di giustizia, la violazione della norma comporta la lesione di un diritto. Emerge, dunque, la grande questione soggiacente all'essenza della norma giuridica, e cioè, quale sia il fondamento della sua obbligatorietà giuridica.³⁹

Certamente l'obbligatorietà della norma non si può fondare sul potere del suo autore, giacché in tal caso bisognerebbe riconoscere l'obbligatorietà delle regole emanate dai delinquenti, come neanche si può basare, per analoghe ragioni, sull'ideologia.⁴⁰ Tantomeno si può legittimare una norma per il solo fatto di essere appartenente ad un ordinamento o ad un sistema: «Altrimenti il diritto positivo, per il solo fatto di *esserci* dovrebbe venir riconosciuto immediatamente anche come ciò che esso *dovrebbe essere*. Ma in tal

³⁸ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 136, 149-150 e 164-165. Il tema della giustificazione della norma ha preoccupato in modo speciale il filosofo italiano, il quale è passato dal considerare la legge come mera regola formale in un suo studio giovanile (cfr. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Torino, Giappichelli, 1955), alla convinzione che la norma, affinché sia obbligatoria, debba avere una giustificazione, che non si trova se non nella partecipazione alla legge naturale. Nella citata monografia, Cotta analizza dettagliatamente l'opera di san Tommaso, arrivando alla conclusione che per l'Aquinate la nozione di legge sarebbe del tutto universale, comune alla legge divina e alla legge umana, ma anche alle leggi ingiuste, al punto che si potrebbe applicare la nozione di legge anche alle regole date da un capobrigante. La razionalità della legge sarebbe puramente formale (p. 24), essendo possibile un'ordinazione al bene solo apparente (pp. 31-32). In quanto alle leggi umane che determinano la legge naturale, scriveva Cotta in questa primizia del suo percorso filosofico che «pur derivando dalla legge naturale, non traggono la loro validità da quest'ultima ma dalla loro rispondenza all'ordinamento positivo di cui fanno parte, e pertanto sono norme *giuridiche* indipendentemente dal fatto che siano o no *giuste*. Per le *determinationes* non si può dunque parlare di riduzione della giuridicità a giustizia ma si può distinguere nettamente il problema del loro valore da quello della loro validità» (p. 133). A me sembra una lettura forzata del pensiero dell'Aquinate, il quale afferma espressamente che la legge ingiusta non è legge, ma «*corruptio legis*» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 3). Al di là dell'esattezza o meno della presentazione del pensiero di san Tommaso, mi sembra fuorviante la nozione di norma come regola puramente formale; la norma è regola vincolante, e, se obbligatoria, è perché ha un contenuto giusto. Del resto, va chiarito che il pensiero di Cotta evolve fino a ripudiare questa sua opera di gioventù, e nella sua fase di maturità filosofica si pose precisamente il problema della giustificazione dell'obbligatorietà della norma.

³⁹ Concordo con Cotta allorché scrive che «l'obbligatorietà della norma dipende dalla validità della sua giustificazione» (cfr. *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., p. 21).

⁴⁰ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., specie pp. 31-40.

caso si cadrebbe davvero nella fallacia naturalistica!». ⁴¹ Ne segue la necessità di ancorare la norma positiva alla legge naturale.

3. 2. *La norma divina*

Come è ovvio, esula da questo lavoro qualsiasi tentativo di dimostrazione dell'esistenza di una legge naturale. Parto invece dal presupposto che la creazione ha un ordine, chiamato comunemente *legge eterna*, e che la natura dell'uomo porta con sé delle esigenze morali (provenienti dalla cosiddetta *legge naturale*), alcune delle quali sono presenti anche nell'ambito giuridico. La questione che qui interessa porsi è invece quale siano le caratteristiche della legge naturale e come essa sia presente nelle norme positive.

Per quanto riguarda l'essenza della legge naturale ritengo che occorra distinguere la legge naturale in Dio, la legge naturale in sé e la nostra conoscenza di essa. Non appartiene a questa sede affrontare il problema teologico, peraltro molto interessante, di come si trovi l'idea della legge eterna in Dio, essenza semplicissima. ⁴² Occorre, invece, soffermarsi, sia pure brevemente, sulla questione della legge divina in sé stessa.

La trattazione di san Tommaso d'Aquino sulla legge vuole essere così universale da poter applicare il concetto di legge sia alla legge divina che a quella umana. ⁴³ Certamente la legge divina, come quella umana, è un'*ordinatio* che conduce verso il bene e che è stata promulgata, ovvero è resa conoscibile dalla ragione umana. Tuttavia, penso che sarebbe fuorviante non tenere presente l'analogia esistente tra la legge divina e quella umana e, pertanto, le differenze essenziali tra di loro. ⁴⁴

Occorre soprattutto rilevare il divario dovuto al fatto che, mentre la legge umana è frutto di una decisione che crea, *ab extrinseco*, una regola generale come risultato di una generalizzazione o di un'astrazione di un determinato aspetto della realtà, trascurando quindi altri elementi e tutte le circostanze particolari dei casi concreti, la legge divina è intrinseca alla realtà creata

⁴¹ Ivi, pp. 75-76.

⁴² Si ricordi che san Tommaso definiva la legge eterna come «ratio divinae sapientiae secundum quod est directiva omnium actuum et motionum» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a. 1).

⁴³ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, qq. 90-95, specie q. 91.

⁴⁴ Con ciò non voglio negare minimamente l'efficacia obbligatoria della legge divina. R. HITTINGER (*The First Grace. Rediscovering the Natural Law in a Post-Christian World*, Wilmington, ISI Books, 2007) ha insistito molto, e a mio parere a ragione, sul fatto che la legge naturale è una legge reale, non solo metaforica (p. 39), ed ha criticato la teoria secondo cui l'analogia tra legge divina e legge umana sarebbe di attribuzione estrinseca (pp. 57-59). Fermo restando, quindi, l'obbligatorietà della legge divina, va però rifiutata una concezione della legge che non distingue nettamente le caratteristiche essenziali tra la legge divina e quella umana.

e pertanto presente in tutta la realtà. Giova ribadire come la legge divina (naturale o positiva), diversamente dalla legge umana, non operi in modo estrinseco come fa la legge umana. La legge divina è insita nell'ordine creatore, nella stessa natura delle cose, essa è l'ordine stabilito dalla sapienza di Dio al momento di creare le cose precisamente con la natura che le ha dato; non è un ordine stabilito fra altri possibili per cose già esistenti, ma è l'ordine imposto nell'essere delle cose. Tutto il creato ha intrinsecamente come ragion d'essere quella di dare gloria a Dio, e la natura delle cose spinge a farlo secondo la propria essenza. In quanto all'ordine morale, va rilevato come pure la legge divina naturale non sia una regola estrinseca, ma, al contrario, come essa sia insita nella natura dell'uomo: la persona umana ha una costituzione ontologica tale che la porta a dover razionalmente e liberamente agire in un determinato senso per raggiungere la sua perfezione. Questa legge naturale, intrinseca alla natura dell'uomo, in ciò che si riferisce ai rapporti interpersonali di giustizia, ha una rilevanza giuridica.

Peraltro la differenza testé evidenziata risulta determinante al momento di riflettere sulle eccezioni alla legge: mentre l'*epicheia* è fondata proprio sull'imperfezione intrinseca della legge umana dovuta alla sua generalizzazione o astrazione,⁴⁵ la legge divina non ammette eccezioni, poiché, essendo un ordine intrinseco all'essere delle cose, non può essere cambiato senza mutare la natura stessa delle realtà ordinate. La norma divina non può avere eccezioni perché sarebbe come ammettere eccezioni nella stessa realtà. Come è stato messo giustamente in rilievo, in realtà l'impossibilità dell'eccezione alla legge divina è proprio ciò che fonda la possibilità di eccepire una norma umana.⁴⁶

In quanto alla legge divina nella ragione umana, va osservato come l'uomo possa conoscere la realtà delle cose e, conoscendole, percepisca le implicazioni morali e giuridiche delle cose conosciute, cioè conosca la legge naturale per connaturalità. L'uomo esprime la sua conoscenza della legge eterna e naturale in giudizi astratti, i quali, sempre dovuto all'astrattezza, risultano imperfetti.⁴⁷ Non vanno, però, confuse le formule umane sulla legge divina con la legge stessa.⁴⁸ Soprattutto va evitata la considerazione

⁴⁵ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, v, 10.

⁴⁶ Cfr. A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione*. (II) *Dal cursus theologicus dei Salmanticenses fino ai nostri giorni*, «Acta Philosophica», 7 (1998), p. 75.

⁴⁷ Cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 157-158.

⁴⁸ Tra l'altro, è utile far notare come il magistero della Chiesa (in particolare l'Enciclica *Veritatis splendor*), sulla scia del pensiero di san Tommaso, consideri che la fonte normativa della condotta umana non sia la ragion pratica ma la stessa legge naturale (cfr. R. HITTINGER, *The First Grace...*, cit., pp. 47-48). La regola naturale conosciuta dalla ragione non è, in definitiva, il risultato dello sviluppo autonomo della ragione a partire da presunti principi aprioristici presenti nella ragione, come vorrebbe una concezione kantiana della legge mora-

della legge divina alla stregua della legge umana, come se fosse un insieme di regole generali e astratte, quando invece si tratta di esigenze dello stesso essere delle cose.

3. 3. *L'obbligatorietà della norma umana*

In ogni caso, la conoscenza della legge naturale permette all'uomo di elaborare mediante conclusioni e determinazioni positive la norma umana. Nella tradizione cristiana, la giustificazione dell'obbligatorietà umana poggia sulla partecipazione di questa alla legge divina, che sarebbe come dire che esprime in qualche modo l'essere delle cose.⁴⁹ Si parte, infatti, dalla constatazione che non può esistere nessun prodotto culturale che non abbia come base la stessa natura, la quale esiste nella realtà dei fatti, anche di quelli operati dagli uomini. Ne segue che il profondo dell'essere della legge umana è legge naturale.⁵⁰

Ciò presuppone non cadere nella tendenza (molto forte negli ultimi secoli) di concepire la legge divina – denominata abitualmente “diritto divino” – come qualcosa di separato dalla storia umana, come se il diritto divino e il diritto umano fossero due sistemi giuridici completi e diversi fra di loro.⁵¹ È stato lo iusnaturalismo razionalista a concepire il diritto naturale come “norma” dedotta dalla ragione naturale, sistema normativo razionalmente perfetto.⁵² Una volta situato il diritto naturale nell'ambito delle idee, esso viene, logicamente, separato dal diritto umano positivo. Il passaggio logico seguente è quello di negare non l'esistenza stessa del diritto divino, ma la sua giuridicità, riducendo i suoi postulati ad ideali etici, metagiuridici, ma non giuridici, oppure ad una sorta di codice di valori che segnerebbero un limite alla libertà del legislatore umano.⁵³ Ma tutto ciò significa confondere

le. La natura della ragione umana, infatti, non è costituita da principi innati basilari, ma dalla capacità di conoscere la realtà. Ciò che è proprio della ragione umana è conoscere la realtà e, quindi, adeguarsi ad essa.

⁴⁹ Cfr. SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*, 1, c. 5, 11 e SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2. D'altronde, già Aristotele aveva avvertito che del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 7). Sulla necessità di poggiare sulla legge divina e sul fallimento delle giustificazioni che negano tale base, cfr. R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a s. Tommaso d'Aquino. Saggio storico-critico*, Roma, Pontificia Università Lateranense – Città nuova editrice, 1985², pp. 591-603.

⁵⁰ Cfr. in questo senso S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., pp. 129-131.

⁵¹ Quest'idea è stata magistralmente spiegata da J. Hervada in una conferenza, intitolata *La concepción clásica del derecho natural*, tenutasi a Venezia presso l'Istituto san Pio X (oggi Facoltà di Diritto canonico) che può essere vista al sito <http://www.javier.hervada.org/conferencia.html>.

⁵² Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit...*, cit., p. 25.

⁵³ Perfino nell'ambito canonistico esiste questa tendenza. Ne è prova la celebre teoria di uno dei più importanti rappresentanti della scuola dogmatica del diritto canonico, Vincenzo

la produzione naturale dei giudizi deontici da parte della ragione umana con l'essere (normativo) della realtà.

Dell'inesistenza di due ordinamenti diversi separati, uno divino e l'altro umano, ne è prova tra l'altro il fatto che non esistono due soluzioni giuridiche diverse di uno stesso problema giuridico, una naturale e un'altra umana, ma esiste un'unica soluzione, che ha una duplice dimensione, divina e umana, oppure, se si preferisce, che è umana ma basata sul diritto divino, giacché, se la soluzione giuridica "umana" non poggiasse sul diritto divino, non sarebbe una soluzione giusta, e pertanto, a rigore, neanche "giuridica". Insomma, il diritto divino gode di efficacia attraverso il diritto umano, ha le garanzie giudiziali del sistema giuridico vigente.⁵⁴

Ad ogni modo, ci si può sempre porre il problema della giustificazione della norma umana in ciò che ha di positivo o di concrezione della legge naturale. L'ordine naturale, infatti, lascia ambiti di libertà, che potranno essere progettati dall'uomo. La capacità umana di dominare le cose comprende anche la facoltà di ordinare l'ambito dominato, grazie alla sua intelligenza e volontà. L'agire umano non solo può costituire nuovi diritti ma può anche incanalare l'attività futura, determinando a priori quali saranno gli effetti giuridici dei suoi atti, stabilendo quando e come nascono alcuni diritti, come si dovranno soddisfare i doveri giuridici. In definitiva, qualunque soggetto con capacità di regolare ciò che è sotto il suo dominio potrà essere autore della norma giuridica.⁵⁵ Ciò vale, dunque, sia per l'ambito dell'autonomia privata, in cui il singolo può pattuire con un altro una norma che diventa la regola di condotta giusta nell'ambito privato pattuito, sottoposto al dominio delle parti contraenti, sia per l'ambito pubblico, in cui colui che ha la funzione di governare la comunità potrà stabilire le regole di condotta affinché tale comunità raggiunga il suo bene.

Si potrebbe obiettare che, nonostante l'insistenza sulla necessaria base nella legge naturale per giustificare la norma umana, le disposizioni normative prettamente positive, le determinazioni, cioè, della legge naturale, avrebbe-

Del Giudice, secondo cui l'ordinamento canonico sarebbe quello prodotto dal legislatore umano, ma il diritto divino sarebbe presente nella Chiesa mediante la sua recezione formale da parte del legislatore. Per spiegare questa teoria con il termine *canonizatio* del diritto divino, cioè l'atto con cui il diritto divino passerebbe da essere un fenomeno metagiuridico alla sua vigenza giuridica, sempre mediante la sua recezione nel diritto positivo umano. Cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 23-25.

⁵⁴ S. COTTA (*Il diritto nell'esistenza...*, cit., p. 256) è arrivato ad affermare che «il diritto positivo può quindi venire denominato, con valida ragione, *diritto naturale vigente*». L'affermazione ha il pregio di far vedere come l'autore consideri necessaria la giustificazione iusnaturalistica della norma umana, sebbene occorra chiarire che il diritto naturale non è solo quello positivizzato né tantomeno che la sua vigenza è dovuta al fatto che è stato raccolto nella norma positiva.

⁵⁵ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 372-374.

ro in ultima istanza come giustificazione il solo potere decisionale dell'uomo. Va subito rilevato che il potere regolativo dell'uomo è naturale, Dio ha creato l'uomo con la capacità di ordinare e di decidere ciò che il Creatore stesso ha lasciato alla libertà degli uomini. In questo senso si può dire che la legittimazione del potere normativo umano (non solo di quello dell'autorità sociale, ma anche di quello dei singoli) procede da Dio, il che non significa però né che il potere umano sia investito di poteri divini né che esso sia vicario del potere di Dio (proprio perché si tratta di ambiti lasciati da Dio alla libera determinazione dell'uomo). In definitiva, l'aggancio con la legge naturale si percepisce nella legittimazione del potere normativo umano.⁵⁶

La determinazione libera umana poggia sulla legge naturale anche in ciò che riguarda il contenuto, per quanto esso sia stato liberamente deciso dall'uomo. Poiché il potere normativo deriva dalla natura creata, l'esercizio di tale potere deve essere armonico con la realtà. Come spiega Hervada, «ciò che appartiene all'ambito di autonomia non è la prepotenza o l'irrazionalità, ma la retta ragione. Infatti, poiché il potere umano è un riflesso o partecipazione del potere divino, soltanto la retta ragione costituisce esercizio legittimo del potere umano, giacché soltanto essa partecipa della ragione divina, la quale è retta per essenza».⁵⁷

Emerge quindi la nota della razionalità quale elemento non più o meno qualificante della norma, ma essenziale della regola vincolante, ben inteso che la razionalità non è il frutto della ragione autonoma, bensì il risultato della adeguazione dell'intelletto umano alla realtà delle cose. Una norma contraria alla dignità della persona umana o alla realtà storica sociale o essenzialmente incapace di raggiungere il fine della regola non è un ordine ma un disordine, non partecipa del potere divino, non è vincolante perché in realtà non è norma.⁵⁸ La razionalità si oppone all'arbitrarietà e fa riferimento al realismo della norma: deve essere una regola in armonia con la realtà regolata. La questione giuridica non è tanto quella di accettare l'intellettualismo o il volontarismo al momento di spiegare la formazione dell'at-

⁵⁶ Cfr. *ivi*, pp. 587-589.

⁵⁷ *Ivi*, p. 589 (la traduzione è mia).

⁵⁸ Circa la razionalità della norma cfr. *ivi*, pp. 343-372. Come è noto, il positivismo giuridico poggia invece sul volontarismo. Esiste pure una grande tendenza al volontarismo nella canonistica, in gran parte derivata dalla teoria della legge di Suárez, il quale vede l'obbligatorietà come frutto del potere superiore di Dio o derivato da Dio e la decisione normativa umana come risultato di un atto volontario. Ciò si percepisce nel suo trattato *De legibus* (Libro 1) e in modo molto significativo al momento di porsi la questione sull'eventuale potere di Dio di dispensare dalla legge divina (cfr. F. SUÁREZ, *De legibus*, II, c. 15, 19). San Tommaso, invece muove da un altro presupposto: «ratio habet vim movendi a voluntate (...) Sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata. Et hoc modo intelligitur quod voluntas principis habet vigorem legis: alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 3).

to nomogenetico, quanto quella di difendere il realismo della norma e il fondamento dell'obbligatorietà, non fondato sul potere della volontà libera dell'autore della norma, bensì sul potere "giuridico" dell'autore che lo rende capace di ordinare un determinato ambito.

4. IL TRINOMIO NORMA-DIRITTO-ATTO

Una volta esaminate le realtà dello *ius* e della norma, occorre studiare il rapporto esistente tra di loro. Può essere utile a tal fine tornare a considerare la nozione di giustizia, quale virtù consistente nel dare all'altro il suo diritto. Se bisogna dare a ciascuno il suo *ius*, perché è un *suum*, se la condotta giusta consiste nel soddisfare il diritto, è chiaro che essa viene determinata dal diritto. In altre parole, a ben guardare, lo *ius* è normativo, dà la regola del comportamento giusto.

Bisogna, infatti, avvertire che se l'obbligo di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo diritto, il dovere deve provenire necessariamente dal diritto stesso, anziché da un'altra realtà, come sarebbe la norma. Se non esistesse il diritto, non esisterebbe neppure un dovere giuridico, poiché non ci sarebbe niente da dover dare (con dovere giuridico) all'altro. Ne segue che la fonte del dovere giuridico non può che essere lo *ius*, il quale è, certamente, doveroso (lo *ius* è, per l'appunto, il *suum* dovuto) e, essendo obbligante, la ragione umana può desumere da tale obbligo una regola di condotta giusta. In questo senso nel diritto romano si affermava che «regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur...».⁵⁹ E in tale senso, l'asserzione di Villey, forse alquanto provocatoria, secondo cui la norma si limita ad enunciare o indicare il diritto, sembra di avere quantomeno una parte di verità.⁶⁰

Peraltro questo profilo normativo dello *ius*, assieme alla traduzione del vocabolo *ius* con *diritto*, potrebbe spiegare, almeno in parte, l'uso estensivo del termine *diritto*, applicato anche alla norma, sebbene sia una mia convinzione che gioverebbe alla chiarezza non usare più tale attribuzione estensiva. Ad ogni modo, da quanto fin qui considerato, ritengo che vadano accuratamente distinti i due concetti.

Fra i filosofi presi in esame nel presente lavoro, Villey e Hervada, seguendo l'idea dell'Aquinate, secondo cui «lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris»,⁶¹ hanno messo in luce con forza la distinzione tra il diritto e la norma. Il giurista francese, da parte sua, ha fatto avvertire, a mio avviso giustamente, come l'arte legislativa faccia parte della politica,

⁵⁹ PAULUS, in *Dig.* 16.17.1.

⁶⁰ Cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 89 e 227-228.

⁶¹ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

anziché del diritto,⁶² sebbene, volendo sottolineare la distinzione tra regola di condotta e *ipsa res iusta*, arrivi a considerare, nella mia opinione in modo inesatto, l'arte giuridica come non attinente alla condotta umana.⁶³

Il caso di Cotta, su questo punto, riveste uno speciale interesse. Il filosofo italiano parte acriticamente dalla terminologia che usa il termine *diritto* per riferirsi alla norma⁶⁴ e, quindi, muovendo da questo significato del diritto, lo accosta, logicamente, alla politica.⁶⁵ La sua opera è soprattutto una filosofia della legge. Ciò non di meno, pur non occupandosi dello *ius*, il filosofo fiorentino distingue questa realtà dalla legge e al tempo stesso le collega, dal momento che vuole *giustificare* ("fare giusta", trovare il fondamento nello *ius*) la legge, e, così facendo, finisce per mettere in rapporto la legge con la giustizia. E se è vero che egli considera il diritto e il torto come discendenti dalla legge,⁶⁶ afferma che occorre obbedire alla norma perché essa è "giusta". Si tratta, dunque, di capire perché la norma giuridica crei un dovere giuridico, che è ciò che costituisce l'elemento di discriminazione rispetto alle altre regole non giuridiche.

È chiaro che la giuridicità della regola dipenda dal suo rapporto con il diritto. La norma giuridica sarebbe, appunto la «regula iuris», la «regula iusti», a cui si riferiva Cicerone.⁶⁷ Si tratta però di precisare quale sia il rapporto tra *ius* e norma. Sembrerebbe peraltro che la norma non si limiti a indicare il diritto, giacché ci sono dei diritti che nascono precisamente dalla norma. Si comprende, quindi, come per Hervada, il quale prende le mosse dalla definizione tomista di legge come «rationis ordinatio», la norma sia un'ordinazione avente una duplice funzione sotto il profilo giuridico: regolare le condotte ed essere costitutiva di situazioni giuridiche (dal momento che nell'ordinare stabilisce il posto di ognuno, riparte i beni), vale a dire essere causa e misura del diritto.⁶⁸

Se, da una parte, la logica vuole che il dovere giuridico promani dal diritto, dall'altra si osserva che la norma genera diritti e doveri. Per sciogliere questo nodo, a mio modo di vedere, occorrerebbe distinguere meglio la norma in

⁶² Cfr. M. VILLEY, *La nature et la loi...*, cit., pp. 132-142 e IDEM, *Si la théorie générale du droit...*, cit., pp. 427-429.

⁶³ Cfr., per esempio, IDEM, *Sur les essais d'application de la logique déontique au droit*, «Archives de philosophie du droit», n. 17: *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, pp. 407-412, dove afferma che non si possa applicare la logica deontica al diritto, in quanto il compito del giurista sarebbe segnalare il giusto, anziché comandare condotte.

⁶⁴ Cfr., per esempio, S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, La Scuola, 1983², p. 15; in quest'opera parla apertamente anche del diritto come diritto soggettivo (cfr. *ivi*, p. 9).

⁶⁵ Cfr. IDEM, *Itinerari esistenziali del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014 (ed. curata da G. Petrocchi; la 1^a edizione è del 1972), p. 64.

⁶⁶ Cfr., per esempio, IDEM, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., p. 184.

⁶⁷ Cfr. CICERONE, *De legibus*, I, VI, 19.

⁶⁸ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 328.

quanto regola giuridicamente vincolante e la sua espressione fenomenica. Mentre a livello naturale tanto la regola quanto il diritto si trovano nella realtà stessa delle cose, la norma umana è, invece, prodotto di un atto umano. Ritengo, dunque, che sarebbe chiarificatore distinguere l'atto giuridico normativo dal suo contenuto, cioè dalla norma intesa come regola giuridicamente obbligatoria.

Come l'uomo è capace di essere titolare di diritti perché è *sui iuris*, si domina ed è capace di dominare il suo intorno, così pure può intervenire con il suo agire nell'ambito del suo dominio, modificando quindi la realtà giuridica. Gli atti umani possono perciò essere costitutivi di diritto, possono dichiarare i diritti preesistenti e determinare i loro limiti, stabilire i requisiti affinché si possano modificare altri diritti, e dichiarare quali debbano essere le condotte da osservare. Così, nell'atto di dare una regola, si può anche modificare la realtà giuridica e, senz'altro, nello stabilire un ordine possono sorgere al contempo dei diritti, come succede quando una legge, ordinando un settore della vita sociale, attribuisce certe funzioni a determinate persone oppure quando un contratto, nel descrivere l'attività accordata, costituisce dei diritti delle parti rispetto a tale attività.

Ad ogni modo, va osservato che la pretesa (propria del normativismo positivista) di vedere nella sola emanazione di un giudizio deontico la produzione di un obbligo giuridico non trova riscontro nella realtà. L'obbligo giuridico deve essere "giustificato", il che può avvenire solo se promana da un diritto, previo o stabilito dall'atto normativo. Ciò che produce il dovere giuridico della norma è, dunque, il diritto stabilito dall'atto umano costitutivo, sia esso un atto giuridico singolare, sia un cosiddetto atto normativo (nel senso di atto che produce una norma).

D'altronde, la distinzione tra atti normativi (che nella prassi giuridica si chiameranno leggi, decreti generali, contratti, statuti, ecc.) e atti giuridici non normativi può essere utile a livello di scienza giuridica pratica, per qualificare la tipologia degli atti, delimitare le competenze, ecc., ma può non essere tanto netta sotto il profilo sostanziale, dal momento che un atto singolare tecnicamente qualificato come non normativo, nel costituire un nuovo diritto porta con sé, come detto sopra, una carica normativa per via del diritto costituito, seppure non formuli espressamente una regola: chi costituisce un diritto mediante un atto libero crea per ciò stesso la regola di condotta che obbliga a rispettare quel diritto.⁶⁹

⁶⁹ Quanto detto pone in rilievo quanto sia importante determinare bene volta per volta in quale senso si usi un determinato termine e in quale livello ci si muova, scientifico-fenomenologico o filosofico-ontologico. Per esempio, una legge in senso formale (emanata dall'autorità legislativa secondo le procedure previste per l'emanazione delle leggi) può contenere un atto singolare, ad esempio la costituzione di un ente, senza formulare espressamente nessuna regola di condotta. Dal punto di vista formale è una legge; in quanto al contenuto,

Va anche tenuto presente che la mera formalità dell'atto normativo non produce necessariamente dei diritti e dei doveri giuridici. Ad esempio, un atto formalmente normativo (come, per esempio, una legge formalmente promulgata dal legislatore) può contenere delle esortazioni, come capita non di rado nell'ambito canonico. La regola esortativa è pure una regola di condotta, ma non giuridica. Se la legge formale non ha costituito diritti (dei singoli o della comunità), non ci saranno doveri giuridici.

L'atto normativo può non solo costituire diritti, ma anche può stabilire i requisiti affinché altri rapporti giuridici possano nascere, essere modificati o essere estinti. Si addita solitamente come caratteristica della norma proprio questa capacità di essere regola o misura per la futura attività giuridica. L'efficacia dell'atto normativo sugli effetti dei futuri atti giuridici non implica, però, che gli atti umani successivi siano mere applicazioni della norma o che questa sia l'unica fonte della loro giuridicità, come vorrebbe uno schema di pensiero normativista. La norma può limitare e determinare l'efficacia giuridica dell'attività futura, in quanto la materia su cui questa opera non sarà più del tutto disponibile perché già regolata; in ogni caso, gli effetti giuridici dell'agire umano non sono attribuibili alla norma astratta, ma ai singoli atti giuridici.

Se l'atto normativo può essere la causa e la misura di un diritto è perché l'autore ha lo *ius* di ripartire, di attribuire diritti, sia perché avente la funzione pubblica di governare, sia perché si tratta di un ambito della sua autonomia. A questo punto ci si potrebbe porre la faticosa domanda *ovumne prius exiterit an gallinam?* A livello naturale non sembra che questa sia una questione da porsi, giacché tanto la norma naturale quanto il diritto promanano dalla stessa natura.⁷⁰ Nella dinamica dell'attività umana giuridica, tuttavia, bisogna riconoscere, infatti, che il diritto di emanare norme produce a sua volta dei diritti. Ciò non di meno, va notato che esistono dei diritti naturali previ all'attività normativa (che tra l'altro fondano la capacità di dare nor-

si potrebbe affermare, sotto il profilo della scienza giuridica, che non è normativo perché non ha come oggetto la regolamentazione della condotta umana, ma, al tempo stesso, sotto il profilo sostanziale, si potrebbe avvertire come dalla costituzione di un ente sorgano dei diritti e, di conseguenza, dei doveri relativi alla condotta giusta.

⁷⁰ Forse per questo la terminologia in questo ambito può risultare ambigua. Da parte mia, tenendo conto della distinzione tra legge e diritto, ritengo che converrebbe parlare di diritto divino naturale o semplicemente di diritto naturale per riferirsi alle *res* materiali o immateriali appartenenti per natura alla persona umana (sarebbe più preciso, quindi, parlare al plurale di diritti naturali). Per legge o norma naturale si dovrebbe intendere, invece, la *ratio*, la regola della condotta umana, che è la parte dell'ordine creato stabilito da Dio riguardante l'agire dell'uomo, comprendente anche l'ambito di giustizia inerente ai diritti naturali. Tale regola è dedotta dalla ragione a partire dall'osservazione della realtà. Nella mente umana si può distinguere, quindi, la regola naturale dalle *res* naturali dovute in giustizia, ma la norma e i beni si trovano nella stessa essenza dell'uomo.

me), i quali determinano i limiti delle possibilità delle decisioni normative. L'esistenza di questi diritti naturali rende possibile, inoltre, offrire soluzioni giuste in casi di lacuna di legge, il che dimostra che il diritto naturale non espressamente recepito dalla norma è vigente ogni qualvolta l'uomo è capace di percepirlo e di renderlo manifesto.

5. IL SAPERE GIURIDICO

L'individuazione del rapporto tra norma e diritto risulta determinante per la conoscenza giuridica. Se il diritto è lo *ius*, il *suum* dovuto in giustizia, allora si comprende che il giurista romano, come ricordato nell'esordio del presente lavoro, definisca la giurisprudenza come la «*iusti atque iniusti scientia*» e che l'arte giuridica sia la conoscenza pratica consistente nella *iuris-dictio*, cioè nell'individuare lo *ius*. In quale misura, invece, può interessare al giurista la conoscenza della norma?

Potendo essere la norma causa del diritto, è chiaro che la sua conoscenza non esuli dal compito del giurista. Infatti, per determinare il diritto occorre esaminare il suo titolo, ovvero ciò che attribuisce la *res* al soggetto (sia esso la natura umana, come nel caso dei diritti fondamentali dell'uomo, sia un atto umano, come può essere un lavoro, un contratto o una legge). Molto spesso il titolo di un diritto sarà una norma, in modo che il giurista dovrà esaminare la norma. Tuttavia, occorre precisare bene in che cosa consista una tale analisi per l'esperto in diritto.

L'analisi della norma che interessa al giurista è quella giuridica, cioè quella che non mira a raggiungere la conoscenza del solo contenuto normativo in sé stesso, ma che mette a fuoco l'aspetto formale della regola consistente nell'essere titolo di diritti. In altre parole, la conoscenza giuridica della norma è quella che esamina la regola *sub ratione iuris*, *sub specie iustitiae*. Ne segue che il giurista non si dovrà caratterizzare per essere il conoscitore della legge, né sarà miglior giurista nella misura in cui sia miglior conoscitore della normativa vigente, ma il suo impegno consisterà nell'individuare i diritti costituiti dall'atto normativo, tenendo conto di altri diritti preesistenti, in modo da poter esercitare la sua arte di definire ciò che è giusto.

Da questa prospettiva si evince la dimensione universale della conoscenza giuridica, giacché, indipendentemente da quale sia l'ordinamento giuridico in cui si muova, esistono principi giuridici comuni a tutti. Si comprende, quindi, perché alle origini lo studio universitario della giurisprudenza comprendesse l'apprendimento dell'*utrumque ius*. Viceversa, la frammentazione del sapere giuridico a seconda dei diversi ordinamenti è una conseguenza del normativismo e, a mio modo di vedere, porta ad un impoverimento della scienza giuridica, racchiusa in un particolarismo. Ma il problema più grave è che la scienza giuridica concepita dal normativismo viene ridotta alla mera

conoscenza dei testi legislativi, anziché al ragionamento mirato alla soluzione giusta, sicché il giurista passa dall'essere un esperto in giustizia a servitore della produzione normativa emanata dal potere sociale del momento. Al contrario, le riflessioni dottrinali sullo *ius* porteranno frequentemente a delle proposte *de iure condendo* e, non mi riferisco tanto a dei suggerimenti precisi di redazione, quanto al far vedere la necessità di assumere nella legislazione determinate esigenze di giustizia.⁷¹

La chiarificazione del rapporto esistente tra norma e diritto e l'identificazione dell'oggetto della scienza giuridica interessano anche il metodo scientifico da adottare. Volendo cogliere il profilo giuridico della norma, il giurista non potrà considerare la norma solo nella sua exteriorità fenomenica, come un mero giudizio deontico, ma dovrà analizzare la regola contenuta, e questa *sub ratione iusti*. Non nego che per arrivare a questa operazione non si debba fare un'analisi esegetica del testo normativo, ma è chiaro che la sola esegesi non giunge allo scopo della scienza giuridica, che non è altro che quello di studiare lo *ius*.

Risulta perciò sconcertante che proprio nel diritto canonico si sia imposto a partire dalla codificazione il metodo esegetico, dapprima per via di una decisione da parte della Santa Sede volta a garantire l'effettiva recezione del Codice piano-benedettino,⁷² e poi come risultato dell'inerzia. Fermo restando il bisogno di conoscere approfonditamente il testo legale, adottare come metodo della conoscenza giuridica l'esegesi della legge pone, a mio parere, due rischi. Il primo è quello di ridurre il lavoro interpretativo all'analisi grammaticale del testo; il secondo è quello di finire per spostare l'oggetto materiale della scienza giuridica, dal diritto alla norma. Così facendo, in maniera forse inconsapevole si adottano in realtà i presupposti del positivismo giuridico. Ritengo che la codificazione del diritto canonico abbia favorito di fatto all'interno della Chiesa una sorta di positivismo giuridico "sacro" (altri lo hanno chiamato "ingenuo"),⁷³ basato sulla sacralità della Gerarchia e del conseguente dovere di obbedienza, che dimentica però la dimensione prettamente giuridica della Chiesa.

L'approccio con cui il giurista si accosta alla norma si deve notare pure nel momento interpretativo. Essendo l'interpretazione quell'operazione intellettuale consistente nel cogliere il significato autentico di un messaggio,

⁷¹ Nel caso della Chiesa, il compito del canonista di segnalare queste esigenze costituisce invero un servizio ecclesiale, il quale deve essere svolto, evidentemente, in un clima propositivo e di rispetto verso il legislatore. L'insegnamento acritico della disciplina ecclesiastica, viceversa, non giova al bene ecclesiale.

⁷² Cfr. S. CONGREGAZIONE DEI SEMINARI E DELLE UNIVERSITÀ, decreto del 7 agosto 1917 («AAS», 9 [1917/1], p. 439) e EADEM, decreto del 31 ottobre 1918 («AAS», 11 [1919], p. 19).

⁷³ Cfr. J. OTADUY, *Positivismos ingenuos. A propósito del Discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), «Ius Canonicum», 54 (2014), pp. 23-44.

l'aggettivo *giuridico* applicato al lavoro ermeneutico sta a significare che l'interprete giurista dovrà ricercare il contenuto normativo dell'espressione fenomenica della norma in relazione ai diritti coinvolti. E proprio da questa prospettiva, non potrà dimenticare che la regolamentazione umana deve essere sulla base dell'ordine naturale e che la produzione di diritti, per essere tale, dovrà rispettare i diritti preesistenti, considerazioni queste che saranno determinanti al momento di offrire l'interpretazione giuridica corretta della norma.

Le precedenti considerazioni circa la conoscenza scientifica del diritto e sul corretto approccio dell'interpretazione giuridica della legge fanno emergere la necessità di superare il normativismo, vale a dire quell'impostazione che vorrebbe far dipendere la giuridicità dalla norma, anziché dallo *ius*. Per la determinazione del diritto occorrerà esaminare la norma, ma senza dimenticare, come rilevato in questo lavoro, che il dovere giuridico proviene dallo *ius*, il quale a sua volta promana dalla natura dell'uomo, dal suo libero agire e dalla realtà stessa delle cose. Risulta, quindi, fuorviante il ricorrente schema di pensiero consistente nell'identificare l'efficacia giuridica con quella prevista e tutelata previamente dalla norma in modo astratto oppure nel ridurre l'arte giuridica all'applicazione logica e tecnica della regola astratta ad un caso concreto,⁷⁴ dimenticando che, così facendo, si identifica il giudizio deontico con il dovere giuridico, il che, come sopra rilevato, non risponde alla realtà dei fatti. Non per nulla la scienza giuridica, per quanto astratta, sistematica ed eziologica, è conosciuta con il nome di *giurisprudenza*, giacché alla fin fine essa riguarda il diritto e l'arte prudenziale di identificarlo nel caso concreto.

⁷⁴ Sulla necessità di superare la prospettiva che egli chiamava "geometrico-legale" per tornare alla *prudentia iuris* ha molto insistito il filosofo del diritto Francesco Gentile (si può vedere, per esempio, *Filosofia de diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, Cedam, 2006, specie pp. 13-21 e 112-113, nelle lezioni raccolte, rispettivamente, da A. Berardi e G. Ferasin).