

## **Alcune considerazioni sul tema del rapporto del diritto con la morale tra “separazione” e “connessione”: l’ingiustizia della legge e del giudicato**

*di Massimo mandara*

**Sommario:** 1. Il binomio fatto/valore nella unitarietà originaria del pensiero greco arcaico sino, nella elaborazione successiva, alla divaricazione propria dell’età moderna: la nascita del concetto di etica da quello di moralità 2. L’ingiustizia della legge e del giudicato.

### **1. Il binomio fatto/valore nella unitarietà originaria del pensiero greco arcaico sino, nella elaborazione successiva, alla divaricazione propria dell’età moderna: la nascita del concetto di etica da quello di moralità.**

Il tema della distinzione fatto/valore ha rappresentato verosimilmente, in coerenza con una secolare scepsti speculativa in occidente, l’esito terminale di un serrato confronto almeno (per l’età moderna) dagli ultimi due secoli dello scorso millennio a questa parte, prima che all’interno più di recente della stessa scuola “analitica” anglosassone, tra due fondamentali indirizzi interpretativi in seno alla filosofia continentale - tendenzialmente irriducibilmente antinomici - l’uno afferente al pensiero “positivista” l’altro a quello di matrice “storico-idealista”.

Ma, il *regressus* può risalire certamente sino alla filosofia greca, sia pur con qualche precisazione. L’interpretazione in particolare della filosofia presocratica, eccettuati i casi forse emblematicamente peculiari di Eraclito e soprattutto Parmenide, si espone tutta, dalla c.d. scuola ionica fino allo stesso Senofane, al rischio di una duplice lettura:

1) dai più, ed è l’impostazione storicamente tradizionale in letteratura, essa è stata ritenuta il fondamentale momento di passaggio nella storia della filosofia occidentale dal mito al “*logos*”, il momento di emersione della c.d. “*episteme*”, la nascita cioè del razionalismo critico e del pensiero scientifico filosofico, in altre parole la stagione unica ed irripetibile dell’illuminismo greco(1);

2) una diversa e più severa esegesi, invece, fondandosi, forse, su di un’apparente “ingenuità” dei presocratici, ma, soprattutto, sulla “medietà” delle nostre fonti di conoscenza, ossia sul riconosciuto presupposto di ordine filologico che «*la filosofia sia effettivamente nata solo nell’età socratice e che una parte notevole della filosofia presocratica sia una retroproiezione sorta nella scuola aristotelica*», ha negli ultimi anni con forza evidenziato l’opportunità di una sinossi interpretativa sostanzialmente diretta - in una sorta di *actio finium regundorum* (*id est*, partendo proprio dalla considerazione che la stessa definizione di filosofia *presocratica* come qualcosa di abbastanza unitario origina dall’assunto che Socrate sia un punto fondamentale nella storia della filosofia greca) - a ristabilirne i confini storicamente accertati(2).

Ma, in tal senso, probabilmente, se è vero che risulta difficile sottrarre al sospetto di una “retroproiezione” chi ha visto ad esempio in Senofane (scuola eleatica) (3) il fautore *ante litteram* di una teoria della “verità”, il primo autore nell’antichità di una svolta scientifica, di un “nuovo scetticismo”, per la lucidità di pensiero che sembra trasparire da alcune sue affermazioni,(4) tuttavia, sarebbe ugualmente vano negare in radice il salto di qualità dal punto di vista scientifico - sia pur disconoscendo ogni e qualsiasi soluzione di continuità in rapporto con la «scuola ionica» (Talete, Anassimandro, Anassimene) - che il pensiero filosofico sembra aver realizzato nella storia dello “spirito” a partire da un dato “momento”, ancor prima di Socrate, con l’avvento almeno di Eraclito e Parmenide (scuola eleatica).

Esporre, comunque, gran parte della filosofia presocratica al “rischio” possibile della sua inesistenza come frutto nel passato di una proiezione successiva, forse dello stesso Aristotele, può sembrare eccessivo o irragionevole, ma è in accordo, probabilmente, con “l’enfasi” che anche la dossografia post-aristotelica attribuisce, tra gli stessi presocratici, alle “personalità” di Eraclito e Parmenide.

La filosofia greca nasce, si è pure sostenuto, come ricerca in effetti di un “principio fondamentale” (*archè*): lo stesso concetto di causalità, che assume un ruolo fondamentale da questo momento nel pensiero scientifico - in ossequio ad una caratterizzazione epistemica che verrà

vieppiù precisandosi in quanto fondata su rapporti «isonomici» di natura essenzialmente «quantitativa» - ha in origine un fondamento «animistico» ascrivibile a quello che può essere definito il principio del «contrappasso»(5).

Ma, veniamo all'etica ed al problema della giustizia.

Ebbene, in tal senso, la domanda, «*in che momento dell'antichità il pensiero occidentale è pervenuto alla concezione della libertà e responsabilità umana?*», che il grande storico del pensiero antico R. Mondolfo si poneva in termini generali oltre settanta anni addietro(6), resta - ora come allora - l'imprescindibile terreno di discussione sul quale ancora misurarsi(7).

L'articolazione della risposta datane dall'illustre Autore veniva, complessivamente, svolgendosi secondo due fondamentali direttrici di sviluppo, intersecantesi tra loro:

- da una parte, l'analisi della profonda connessione tra morale e giustizia, ma anche la valutazione della enucleabilità di un concetto di «giustizia» che - pur cominciando già a focalizzarsi attorno agli effetti della condotta umana(8) - veniva atteggiandosi ancora, principalmente, in termini di superiore «giustizia divina»(9); - dall'altra, la constatazione del progressivo affermarsi di una «giustizia umana» di carattere «retributivo», ancorché non svincolata del tutto dall'influsso della religione, attraverso il quale viene imponendosi, non senza un lungo e faticoso processo di elaborazione, il concetto di «coscienza etica» (10). Ma, è solo in età moderna che viene enucleandosi - con l'avvio di una vera propria «rivoluzione copernicana»(11) anche nel campo delle «scienze umanistiche», riconducibile, ancor prima di quella impressa alla dottrina della conoscenza (*erkenntnislehre*) ad opera dello stesso Kant(12), al nuovo paradigma(13) gnoseologico cartesiano con il ben noto dualismo mente/corpo(14) (i cui effetti di ordine epistemico e/o concettuale, diretti in nuce alla pressoché completa inversione di prospettiva nel rapporto tra «soggetto» ed «oggetto», consistevano proprio nella netta separazione della «*res cogitans*» dalla «*res extensa*») - una vera e propria rivoluzione «eidetica»(15) analogamente alla coeva sul piano scientifico (mutuando l'icastica espressione di A. N. Whitehead) più generale «rimozione della mente dalla natura»(16), così da realizzare, complessivamente dal punto di vista filosofico, una per così dire ri-modulazione (con esiti e tendenze da quel momento di orientamento e segno divergenti nella speculazione occidentale) anche della relazione Dio/uomo/mondo, fondamentale tripartizione della metafisica classica(17).

Ed, infatti, se già durante il rinascimento, o ancor prima in epoca umanistica, vi era stata (al termine del predominante influsso cristiano nel medioevo soprattutto ad opera di S. Agostino con la patristica) una incisiva spinta laicizzante e secolarizzatrice che aveva mutato il rapporto Dio/uomo - correlativamente, determinando una differente interazione anche nella relazione antropica con il mondo(18) - è solo, tuttavia, a partire da questo momento, con la nascita della scienza moderna e la «tecnizzazione» della conoscenza, che viene insorgendo quel processo tendenzialmente involutivo che condurrà alla divaricazione pressoché irreversibile tra uomo e natura(19).

## **2. L'ingiustizia della legge e del giudicato.**

Orbene, deve, senza dubbio, ritenersi che lo studio dei «valori» (*recte*, dei «principi»)(20) che permeano di sé l'ordinamento giuridico, ed in particolare, ogni teoria della giustizia o «diceologia»(21) - è *ictu oculi* evidente che il problema della «giustizia», da qualsiasi parte lo si guardi, costituisca, dal punto di vista ermeneutico, l'*enclave* speculativa *par excellence* o il concetto-chiave (*Schlüsselbegriffe*) delle ricerche in ambito «deontologico»(22) - debba afferire, ineludibilmente, al rapporto tra diritto e morale, ovvero alla questione dell'«*ethos*» nel diritto (cfr. l'approccio a tale questione da parte del c.d. «neocostituzionalismo»)(23); ed, in tal senso, paradigmatico «*topos*» di «connessione necessaria»(24) (o, da un punto di vista esattamente speculare, di «interferenza»)(25) tra diritto e morale può essere ravvisato nella figura della «legge ingiusta, ovvero in quella non dissimile (sotto quest'aspetto) del «giudicato ingiusto»(26).

Da un punto di vista «endogeno» all'ordinamento giuridico - *ex hypothesi*, certamente in un'accezione di «positivismo meramente legalistico»(27) - le figure in esame sembrano risolversi, *prima facie*, in una contraddizione in termini (*contradictio in adiecto*) o, in termini

epistemici, in una formula complessivamente «ossimorica», e ciò per la evidente (in tale quadro di riferimento) «in-compossibilità» di carattere logico tra il concetto di «legge» o «giudicato» e la loro qualificazione in termini di «ingiustizia» (più esattamente, sotto il profilo semantico, in ragione della, per così dire, «in-inferibilità» in termini di «ingiustizia» del concetto di «legge» o del concetto di «giudicato»), ovvero ancora, in altre parole, in virtù della non-conspecificità tra il «dominio» di appartenenza del sintagma «legge ingiusta» o «giudicato ingiusto» (*id est*, l'ordinamento giuridico latamente inteso, giustappunto nella sua dimensione «positiva», al quale sono correlabili in senso «tecnico» i due concetti in esame) ed il riferimento in termini di «valore» alla coppia giusto/in-giusto (*id est*, l'etica o la morale in genere, entro le quali soltanto potrebbe offrirsi, una valutazione «assiologica» della indicate nozioni); ma poi, ad una più attenta considerazione, le figure in esame ci si rivelano afferenti ad una ben più vasta e complessa problematica (non facilmente aggirabile in virtù della mera opzione ideologica prescelta) nella teoria del diritto.

Se è vero, infatti, che la primazia della «legge» come luogo di bilanciamento e/o composizione degli interessi in conflitto nella dialettica politico-istituzionale sembra, in sostanza, postulare - essenzialmente - la centralità dell'organo parlamentare nella architettura dei poteri costituzionali, ciò nondimeno, nel sistema di gerarchia delle fonti, in conformità ad una speculare analisi interpretativa, la (tendenziale) *regressio ad infinitum*, strettamente connaturata alla attività di «normazione», non parebbe risultare forse a tutt'oggi - in ragione, da una parte, della pressoché in-esausta implementazione dei livelli ordinamentali (che ha reso notevolmente più complesso il quadro generale), ed in virtù, dall'altra, delle opposte spinte ascrivibili al vasto processo di «delegificazione» esplicantesi da diversi anni - senz'altro risolvibile in ultima istanza nella «legge» stessa quale strumento esclusivo in grado di «cristallizzare» la norma tra previsione astratta (*lex*) ed applicazione concreta (*regula iuris*), così nella sfera pubblica come in quella privata.

Ed, infatti, le ragioni di tale complessità nel concetto di legge e di giudicato (sia pur, rispettivamente nella dimensione astratta dell'una e concreta dell'altro) sono da ricercarsi come accennato, nella difficoltà di inquadramento, definizione e sviluppo dell'idea stessa di «legge ingiusta» e/o di «giudicato ingiusto» in un'ottica astrattamente tecnico-giuridico, ma anche - per dirla con l'icastica espressione di C. S. Nino - nella «non insularità» del diritto(28), che non consente di riguardare questa più generale figura dogmatica(29), *id est*, il sintagma «legge/ingiusta» ovvero «giudicato/ingiusto» nella propria *ratio essendi* esclusivamente *sub specie juris*, ed in particolare quale specola privilegiata di osservazione dall'angolo visuale del «diritto positivo» (ché anzi esso consente di esaminare in controluce il diritto costituzionale in genere e quello processuale in specie riscontrandone le evidenti aporie), ma impone, invece, di declinarne il significato secondo altri e differenti piani di valutazione.

Verosimilmente, pertanto, può assumersi che tale figura vada inquadrata in una prospettiva attinente all'essere (*Sein*) del diritto cioè all'«ontologia giuridica», ma anche al dover essere (*Sollen*) del diritto cioè alla «deontologia giuridica»(30).

Per queste ragioni ogni qualsiasi approccio al tema in esame che si ponesse isolatamente dal punto di vista del «puro diritto» (positivismo giuridico), o antinomicamente da quello integralmente «deontologico» (giusnaturalismo), non ne coglierebbe il senso più intimo ed immanente. Nell'ambito del primo approccio di matrice essenzialmente «legalistica»(31), sul presupposto, ad esempio, che l'attribuzione della «ingiustizia» *tout court* al giudicato introduca dal punto di vista semantico una connotazione assiologica del tutto impropria in un contesto tecnico-processuale, svincolandolo così da ogni referente normativo, sarebbe possibile sussumere, in una visione specificatamente endoprocessuale, il valore giustizia sotto la categoria logica del diritto.

Ebbene, risulta chiaro, invece, che la ricostruzione del concetto di giudicato non deve essere arbitrariamente disgiunta dai principi fondamentali, dell'ordinamento giuridico, anzi essa non può archeologicamente(32) non fondarsi su di essa, nonché teleologicamente non rivolgersi impriscindibilmente a questi.

Infatti, se è vero che riferendosi alla deontologia giuridica ci si rivolge, essenzialmente, ai «principi» del diritto piuttosto che alle mere «regole» del diritto(33), si impone allora una precisazione di ordine metodologico:

La combinazione o interazione dialettica tra il valore o principio della certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) che ogni legge (valida) esprime a prescindere dal suo contenuto, e il valore o principio della giustizia (*Gerechtigkeit*) non potrebbe risolversi nella presunta "identità" o "univocità" di una legge (valida) certa e giusta.

Difatti, la presunta identità o univocità di una legge (valida e "assolutamente") certa e giusta non è, anzitutto, "compossibile" con il procedimento tecnico di formazione della legge ed, inoltre, implicherebbe la pressocchè "equivalenza" tra i principi di certezza e giustizia.

Più esattamente, in ossequio alla formula di Radbruch, il conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto dovrebbe essere risolto in un senso tale per cui il diritto positivo, assicurato dalla promulgazione e dalla sanzione, abbia la precedenza, anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto (*inhaltlich ungerecht*) e inadatto allo scopo (*unzweckmäßig*), a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia giunga ad un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto "diritto ingiusto" (*unrichtiges Recht*), debba arretrare di fronte alla giustizia<sup>(34)</sup>.

Pertanto, pur essendo la "tensione dinamica" tra questi due principi tendenzialmente illimitata, ciò che vi è di peculiare, se non di esclusivamente caratterizzante, nel «procedimento» (legge) in genere e nel "processo" (giudicato) in specie è la necessità che, ad un dato momento, esso si conchiuda e si cristallizzi.

In particolare in ambito strettamente processuale, "certezza" e "verità" possono essere principi tra loro "virtualmente" antagonisti o concorrenti: la presunzione legale di verità della cosa giudicata (*res iudicata pro veritate habetur*) rivela, nel carattere "normativo" dell'accertamento giudiziario - *regula iuris* del rapporto concreto - la propria stabilità e "certezza" (*auctoritas*) che viene tutelata, salvi i casi tassativamente previsti di revisione della sentenza, fino al limite della sua possibile falsità ed "ingiustizia" (*veritas*)<sup>(35)</sup> (come è noto, il carattere "imperativo" prima ancora che "cognitivo" del giudicato è espresso dalla sua capacità di poter contraddire a tal punto la verità da "*facere de albo nigrum et de quadrato rotundum*").

## Note

(1) Cfr. per la tesi del c.d. «miracolo greco», paradigmaticamente, E. Zeller-R. Mondolfo, *La filosofia dei Greci nel suo sviluppo storico*, Parte I, Vol. V, a cura di A. Capizzi, Firenze 1969 (ed. it. di E. Zeller, *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig 1891), pp. 261 ss.

(2) Cfr. C. A. VIANO, *L'eredità dell'Oriente e l'immagine del cosmo*, in P. ROSSI - C. A. VIANO (a cura di), *Storia della filosofia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 3 ss.

(3) L'interpretazione di Senofane, nella più recente letteratura di indirizzo scientifico-filosofico, oscilla in sostanza tra quella di pensatore "realista", ma rozzo e poco sofisticato, autore di un "criticismo distruttivo" a quella di disvelatore della verità dall'oscurità della superstizione, ed anche chi ne critica alcuni aspetti, giudicandoli solo apparentemente "progressivi" rispetto alla tradizione precedente (il ripudio dell'antropomorfismo nella concezione teologica), lo considera comunque il costruttore di una prima "epistemologia uniforme" (cfr., in tal senso, K. R. POPPER, *Il mondo di Parmenide*, Edizioni Piemme, 1998, pp. 63 ss. (ed. it. di K. R. POPPER, *The World of Parmenides. Essay on the Presocratic Enlightenment*, London, 1998)

(4) In Senofane, insieme ad una teogonia che rifiuta ogni forma di antropomorfismo di ascendenza omerica o esiodea e ad una cosmogonia che oppone una spiegazione "naturalistica" a quella "mitologica" coesisterebbe una gnoseologia che, forse prima ancora di Aristotele, propone una scepisi del concetto di "verità" non molto distante, per alcuni aspetti, dalle teorie "oggettivistiche" moderne: K. R. Popper ha riconosciuto, infatti, sulla scorta del frammento 21 B 34 D.K. ("*ma la verità certa, nessuno l'ha mai colta, né alcuno ci sarà che la colga, né relativamente agli dèi, né relativamente a tutte le cose di cui io parlo. E, se anche uno si trovasse per caso a dire una verità perfetta, lui stesso non lo saprebbe; infatti, tutto è una ragnatela di congetture*), in Senofane il primo fautore, nella storia del pensiero occidentale, della (propria) tesi della "conoscenza congetturale", o addirittura un antesignano della "teoria della conoscenza oggettiva

corrispondentista” di A. Tarski (cfr. K. R. POPPER, *Il mondo di Parmenide* cit., *ibidem*).

(5) «La filosofia naturalistica greca ebbe origine dal pensiero mitico-religioso delle epoche precedenti. Perciò all'inizio ebbe carattere normativo; e il primo grande tentativo di comprendere scientificamente la realtà fu influenzato da una concezione dei valori derivata dalla sfera sociale. [...] La nuova scienza della natura ebbe inizio con la fine del mito: ma fin da principio la nuova scienza ebbe la tendenza a separare la *phýsis* dal *nómos*, la natura dalla società, a contrapporre la scienza alla politica, o almeno a stabilire fra le due un dualismo che era del tutto estraneo al pensiero primitivo. [...] Quando Talete di Mileto, che può dirsi l'iniziatore della filosofia greca, e gli altri rappresentanti della scuola ionica, Anassimandro e Anassimene, cercano un principio fondamentale, un *arché*, con cui spiegare in modo uniforme l'universo, essi pensano ad alcunché che governi il mondo come un sovrano. Quando Talete ripone il principio essenziale dell'universo nell'acqua - accostandosi al mito omerico che nel dio Oceano vede il principio di tutte le cose - quando Anassimandro ripone il principio essenziale dell'universo nell'"indeterminato" o *ápeiron*, e Anassimene nell'aria, tutti e tre ricostruiscono il cosmo come una mon-archia. E significa non solo "inizio, principio", ma anche "governo", "norma"; e, come dice Eraclito: "... è legge (*nómos*) obbedire al consiglio di uno solo" (H. KELSEN, *Società e natura*, Einaudi, Torino, 1953, pp. 353 ss. (ed. it. di H. KELSEN, *Society and Nature*, Chigago, 1943).

(6) Cfr. R. Mondolfo, *Responsabilità e sanzione nel più antico pensiero greco*, in id., *Problemi del pensiero antico*, Zanichelli, Bologna, 1935, pp. 3-20.

(7) Cfr. B. Williams, *Vergogna e necessità*, Il Mulino, Bologna, 2007 (ed. it. di ID., *Shame and Necessity*, 1993).

(8) «...Nei luoghi ricordati, dell'Iliade e dell'Odissea, la responsabilità che gli uomini debbono sentire e il giudizio e la sanzione divina di cui debbono preoccuparsi, riguardano sempre ciò che risulta palese ed evidente a tutti nella loro condotta...» (R. Mondolfo, *Responsabilità e sanzione nel più antico pensiero greco* cit., *ibidem*).

(9) «...una duplicità di concetti religiosi (divina la pazzia e la furia, come divina la legge di giustizia) confluisce con l'antitesi fra la visione dell'accusatore e quella dell'imputato a oscurare il concetto della responsabilità. Ma non si può supporre che quest'ultimo sia ancora assente, allorché noi troviamo un concetto di fato o sorte che...include quindi (al pari del concetto affine di Nemesis racchiudente del pari l'idea della distribuzione) l'attribuzione di meriti e colpe; e troviamo il concetto dell'occhio vindice degli dei...che vigila le azioni degli uomini e distribuisce loro le sanzioni meritate» ((R. Mondolfo, *Responsabilità e sanzione nel più antico pensiero greco* cit., *ibidem*).

(10) Così, R. Mondolfo, *Responsabilità e sanzione nel più antico pensiero greco* cit., *ibidem*: «Questo concetto di una infrangibile concatenazione, caso per caso, fra l'azione e le conseguenze o la retribuzione di essa - prima radice e precorrimiento dell'altro concetto, ben più maturo e tardivo, delle leggi non scritte...con cui il pensiero greco salirà all'idea della legge universale - è il concetto già raggiunto nell'età omerica, che si trasmette poi a quella di Esiodo.[...] Ma questo passaggio che segna l'avvento di nuove classi sulla scena della storia, reca in sé altre conseguenze anche per ciò che riguarda il concetto della giustizia e della responsabilità: non più problema ristretto alla classe aristocratica dei potenti, ma esteso a tutti quanti gli uomini in generale.[...] La sfera del giudizio e della sanzione divina si estende senza più limiti a tutte le azioni e le intenzioni, palesi o nascoste, degli uomini: questi debbono sempre e in tutto sentirsi sotto una vigilanza cui nulla sfugge, e per questa via aver coscienza piena della propria responsabilità morale. Il giudizio e la sanzione vengono ancora dal di fuori; siamo tuttora nella fase dell'eteronomia; ma il campo della responsabilità si è fatto ormai vasto quanto occorre, perché sulla universale estensione di esso possa svilupparsi il concetto della coscienza morale, giudice interiore di ogni atto o proposito (palese o celato che sia agli altri), che a tutti applica la propria interna sanzione. Ma questo passaggio all'interiorità del giudizio e della sanzione si compie anch'esso per l'intervento di nuove correnti religiose, attraverso una elaborazione che, ancora sul terreno delle concezioni teologiche, prepara il posteriore affermarsi autonomo della coscienza etica.[...] Così il concetto di responsabilità che, come dicevo, nasce dalla visione

o dal timore delle conseguenze e ripercussioni del proprio operare, qui viene ad investire tutta una sfera che né Omero né Esiodo avevano contemplata: la sfera dei rapporti intimi del soggetto operante con sé stesso. Il sentimento, che nel soggetto si desta di una condanna alla colpa, cui il peccato compiuto lo lega lo mette in quella intima condizione di agitazione e di turbamento di pena ansiosa e di sconvolgimento spirituale, che più tardi Platone presenterà come la vera essenziale sanzione dell'ingiustizia come l'infelicità caratteristica alla quale il tipico e massimo rappresentante dell'ingiustizia (il tiranno) è condannato ad esser preda. In Platone, appunto, strettamente legato a concezioni orfico-pitagoriche, appare evidente il vincolo di dipendenza della visione etica da precedenti elaborazioni religiose. Ma a preparare il più profondo concetto morale di responsabilità e coscienza etica, confluiscono accanto all'orfismo altre correnti come ci appare nelle tragedie eschilee. [...] Così che, sebbene la responsabilità umana appaia in Eschilo meno vigorosamente e nettamente affermata che in Esiodo e nello stesso Omero, non v'ha dubbio che lo spostamento dell'angolo visuale, che ci appare testimoniato dalle sue tragedie, rappresenta un progresso e un approfondimento. Si passa qui, come nell'orfismo, sotto forma ancor mitica, a un primo concetto di responsabilità interiore, del soggetto verso sé stesso, perché nel soggetto stesso - famiglia per la concezione religiosa espressa da Eschilo; umanità e poi individuo per l'altra concezione che dall'orfismo sbocca poi nella dottrina platonica - si avvera il compimento della sanzione. Interiore quindi si avvia a diventare anche il giudizio morale: il concetto della coscienza etica, attraverso un lungo e faticoso processo di elaborazione, arriva in fine a costituirsi e ad affermarsi sul terreno proprio della interiorità e col proprio carattere di vigile spettatrice e giudice interiore. L'affermazione di questo maturo concetto, fatto ormai del tutto indipendente e distaccato dalla matrice religiosa nella quale si era compiuto il suo processo di germinazione e di sviluppo embrionale, arriviamo a trovarla, mezzo secolo dopo Eschilo, in un pensatore che rappresenta anche nell'etica una concezione affatto autonoma dall'ispirazione religiosa, Democrito: "Il male, anche se sei solo, non dirlo né farlo: impara a vergognarti di te stesso molto più che degli altri" (frg. 244 Diels). Ma senza tutta la precedente elaborazione religiosa, la riflessione morale greca non sarebbe forse giunta, fra il V e il IV secolo, a così matura consapevolezza dell'imperativo etico».

**(11)** A. Koyré, afferma che il 1543 - anno in cui appare il *De revolutionibus orbium coelestium* di Copernico - segna la fine di un lungo periodo che abbraccia l'antichità e il medioevo, e dischiude un'età radicalmente nuova: «dopo Copernico e solo dopo Copernico, l'uomo non è più al centro del mondo. L'universo non ruota più per lui» (A. Koyré Introduzione a N. Copernico, *De revolutionibus orbium coelestium*, Einaudi, Torino, 1975). In effetti la transizione dal sistema aristotelico-tolemaico, il cui geocentrismo poneva l'uomo al centro dell'universo (antropocentrismo), al sistema copernicano, fondato invece sul diverso principio dell'eliocentrismo, assume il significato simbolicamente, nella iconografia storica tradizionale, di una "svolta epocale" determinando il passaggio, non solo nel campo scientifico ma anche in quello filosofico, ad una successiva fase storica, caratterizzata da una differente *Weltanschauung*, o per così dire in termini idealistici, pervasa da un nuovo *Zeitgeist*.

**(12)** Cfr. E. Bencivenga, *La rivoluzione copernicana di Kant*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, pp. 15 ss. (ed. it. di E. Bencivenga, *Kant's Copernican Revolution*, New York-Oxford, 1987).

**(13)** Per il concetto di «paradigma» in senso «scientifico», cfr. T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1969 (ed. it. di ID., *The structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago, 1962), nonché T. Kuhn *La tensione essenziale*, Einaudi, Torino, 1985 (ed. it. di ID., *The Essential Tension*, The University of Chicago, 1977).

**(14)** Alla base del "dualismo di sostanza" tra «*res cogitans*» e «*res extensa*» propugnato da R. Descartes, come lo definisce G. M. Edelman *Sulla materia della mente*, Adelphi, Milano, 1993 (ed. it. di ID., *Bright Air, Brilliant Fire. On the Matter of Mind*, Basic Books Inc., 1992) distinguendolo dal "dualismo di proprietà" (che invece caratterizzerebbe il «*behaviorismo*», cioè il "comportamentismo" e/o "comportamentalismo", quale forma di dualismo diretto anch'esso - pur ammettendo una medesima "sostanza" in comune - di fatto a scindere la mente dalla natura, isolando il comportamento ed ignorando

l'intenzionalità ) vi è una essenziale divaricazione mente/cervello che polarizza tuttora il pensiero scientifico e filosofico.

Già, in senso critico, sulla dottrina di Cartesio, può vedersi un classico della tradizione «analitica»: G. Ryle, *Lo spirito come comportamento*, Einaudi, Torino, 1955, pp. 7 ss. (ed. it. di ID., *The Concept of Mind*, London, 1949); cfr., anche, sul versante scientifico, il dualismo-interazionista di J. C. Eccles, *Il mistero uomo*, Il Saggiatore, Milano, 1981 (ed. it. di ID., *The Human Mystery*, Berlin-Heidelberg, 1979).

Cfr., anche, H. Putnam, *Mente, corpo, mondo*, Il Mulino, Bologna, 2003 (ed. it. di ID., *The Threefold Cord: Mind, Body, and World*, 1999).

**(15)** Cfr. E. Husserl, *Idee per una fenomenologia pura*, Einaudi, Torino, 1950 (ed. it. di ID., *Ideen zu einer reinen Phänomenologie*, 1928)

**(16)** Cfr. A. N. Whitehead, *La scienza e il mondo moderno*, Boringhieri, Torino, 1979 (ed. it. di ID., *Science and the Modern World*, New York, 1925).

Così anche A. Koyré, *Newtonian Studies*, London, 1965, trad. it., *Studi newtoniani*, Einaudi, Torino, 1972, p. 26: «Vi è tuttavia qualcosa di cui Newton - e non solo Newton, ma la scienza moderna in generale - può ancora essere ritenuto responsabile: l'aver spaccato il mondo in due. Ho già detto, che la scienza moderna abbatté le barriere che separavano cielo e terra unificando l'universo. E questo è vero. Ma essa realizzò tale unificazione sostituendo al nostro mondo delle qualità e delle percezioni sensibili, il mondo che è il teatro della nostra vita, delle nostre passioni e della nostra morte, un altro mondo, il mondo della quantità, della geometria reificata, nel quale, sebbene vi sia posto per ogni cosa, non vi è posto per l'uomo. Così il mondo della scienza - il mondo reale - divenne estraneo e si differenziò profondamente da quello della vita che la scienza non era stata capace di spiegare, neppure definendolo "soggettivo"».

Cfr., anche, la complessa analisi svolta da A. Gargani, in *Scienza, filosofia e senso comune*, Introduzione a L. Wittgenstein, *Della Certezza*, Einaudi, Torino, 1978, (ed. it. di L. Wittgenstein, *On Certainty*, Oxford, 1969): «Sembra giusto ritenere che la scienza, soprattutto a partire dal secolo XVII, con la sua strutturazione meccanicistica, abbia scisso il sapere dal senso comune. La tesi di Galilei, Descartes, Hobbes e di altri sulla soggettività delle qualità sensibili ha espropriato dall'universo fisico oggettivo sapori, odori, colori (e insieme anche valori etici ed estetici) con i quali il senso comune produce la sua percezione del mondo fisico. La scienza avrebbe così svalutato i canali ordinari attraverso i quali il senso comune stabilisce il proprio contatto con gli oggetti fisici. Con l'introduzione, inoltre, di tecniche sempre più raffinate e invadenti di formalizzazione matematica, essa avrebbe sottratto agli uomini comuni per il soddisfacimento dei loro bisogni quotidiani, ma non sarebbe più uno strumento utile o idoneo in vista di una conoscenza vera e scientificamente controllata. Apparentemente plausibile, quasi ovvia, questa tesi di Koyré, in realtà, si sostiene sul presupposto di una visione o concezione del senso comune nei termini di una disposizione, di un atteggiamento naturali, spontanei di cui ogni uomo sarebbe il portatore. Ecco un'importante distinzione: da un lato la concezione della realtà propria del senso comune come un repertorio di punti di vista sulla natura, consegnato agli atti di un codice psicofisico invariante e connaturato agli uomini...; da un altro lato, invece, la crescita e lo sviluppo della scienza come elaborazione di un corpo di enunciati consegnati a tecniche di controllo sperimentale e a formulazioni logico-matematiche, che producono rettifiche e nuovi assetti del sapere scientifico. L'uomo comune, il pensiero popolare sarebbero ciò che vi è di invariante nella storia, laddove la scienza si presenterebbe come una struttura che sia per sviluppi cumuliformi, sia per crisi e rotture, risulterebbe comunque una formazione teorica e intellettuale in movimento, fornita di una capacità endogena di crescita e di sviluppo. Stando così le cose, il senso comune non avrebbe più nulla da dare alla scienza e per parte sua sarebbe destinato a convivere a fianco di quest'ultima come un'area marginale di comportamenti, atteggiamenti e punti di vista non toccati, né modificati dal sapere scientifico. In realtà, il senso comune si presenta come un campo arato dalle tecniche metodologiche della scienza e della filosofia. Quello che Descartes o Hobbes respingono sotto il titolo di qualità soggettive o di errate, distorte opinioni dell'uomo comune è semplicemente lo stesso repertorio di punti di vista e di concezioni, nei quali si esprimeva la scienza premeccanicista. Le qualità sensibili e soggettive, come il

caldo, il freddo, il dolce, l'amaro, oppure i valori finalistici dell'armonia e della bellezza, prima di rifluire per intero sulle spalle del senso comune (a seguito delle imprese di Bacone, Galilei, Descartes, Mersenne, Hobbes e altri) avevano costituito i termini, il lessico e il riferimento empirico della scienza e della filosofia che precedono l'avvento della scuola meccanicista. Se le versioni dell'aristotelismo cinquecentesco e gli schemi della filosofia scolastica elaborano la conoscenza naturale nei termini di operazioni intellettuali astrattive da condurre sui "fantasmi" della sensibilità, il naturalismo scientifico-filosofico nel corso dei secoli XVI e XVII elabora una tecnica di concettualizzazione che legge nei dati offerti dalla sensibilità un ordine e un sistema di comunicazione universale del cosmo. E' esattamente in questi quadri concettuali e in queste rappresentazioni scientifico-filosofiche che si trovano depositati agli atti, per così dire, quei modelli della condotta intellettuale che il movimento della nuova scienza seicentesca respingerà come abiti dell'uomo comune, viziati dal pregiudizio, dalle false opinioni e, specificamente, dalle distorsioni percettive suscitate dagli organi della sensibilità».

Ma, la transizione al pensiero idealistico (Kant, Fichte ed Hegel) e l'elaborazione di quello scientifico (E. Mach) conducono entro una differente prospettiva epistemologica: cfr. sempre A. Gargani, *Scienza, filosofia e senso comune* cit., ibidem: «In questa versione, il senso comune, oltre a costituire il non-scientifico, il non-razionale, è anche al tempo stesso un sostegno della scienza, perché è proprio dal groviglio dei suoi pregiudizi, delle sue distorte immagini della verità, che si dipana la fibra forte e robusta dell'autentico sapere. E' il fatto di svolgersi da quell'intrico di false assunzioni, in cui consiste l'esperienza della coscienza comune, a conferire al sapere assoluto hegeliano, l'estro strategico di costituirsi come un sapere totale, inclusivo di se ed anche di ciò che, per dir così, non è lui stesso. Proprio perché non è scienza, il senso comune viene ad acquisire una delle sue più rilevanti proprietà, quella di offrire titoli di concretezza, di aderenza (sebbene non in termini cognitivi) al reale, all'esperienza vissuta, al quotidiano. La bassa, la degradata ed umile empiria è il non-sapere o il sapere selvaggio che si utilizza strategicamente (nonostante le sue distorsioni e ingenuità) come sintomo del concreto, della realtà vissuta, quale archeologia del precategoriale. In questa forma travestita del non-sapere, la coscienza comune costituisce la scena originaria delle operazioni cognitive. Il senso comune, in una variante di questa funzione, può risultare anche come la figurazione fisiologica del sostrato biologico della scienza. Il senso comune, il pensiero popolare servono allora a costituire il tessuto delle operazioni scientifiche propriamente dette. "Il pensiero scientifico sorge dal pensiero popolare. Così il pensiero scientifico conchiude la serie continua dello sviluppo biologico, la quale comincia con le prime elementari manifestazioni di vita" (E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum, Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, 1926, p. 245 ivi in nota). A. Gargani, *Scienza, filosofia e senso comune* cit., ibidem.,

(17) Cfr. in tal senso, l'analisi della metafisica da Cartesio a Nietzsche condotta da K. Löwith in *Dio, Uomo e Mondo*, Donzelli, Roma, 2000. pp. 17 ss. (ed. it. di K. Löwith, *Gott, Mensch und Welt in der Metaphysik von Descartes bis zu Nietzsche*, in ID., *Sämtliche Schriften*, vol. IX, Stuttgart, 1999)

(18) Cfr. E. Cassirer, *Individuo e cosmo nella filosofia del Rinascimento*, La Nuova Italia, Firenze, 1974 (ed. it. di ID., *Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance*, Leipzig, 1927).

(19) Cfr., anche, H. Putnam, *Ragione, Verità e Storia*, Il Saggiatore, Milano, 1985, 1994, pp. 83 ss. (ed. it. di ID., *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press., 1981), nonché H. Putnam, *Fatto/Valore*, Fazi, Roma, 2004 (ed. it. di ID., *The collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays including the Rosenthal Lectures*, 2002)

(20) Secondo R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, p. 125: «la differenza tra principi e valori è relativa a un solo punto. Ciò che nel modello dei valori (*Wertemodell*) è *prima facie* ciò che giusto (*das beste ist*), in quello dei principi (*Prinzipienmodell*) è *prima facie* ciò che è dovuto (*gesollt*); e ciò che nel modello dei valori è in modo definitivo ciò che giusto, in quello dei principi è ciò che in modo definitivo è dovuto. Principi e valori si differenziano soltanto a causa del carattere deontologico dei primi e di quello assiologico dei secondi» (G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e*

*teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 75, nota n. 60).

**(21)** Una ricostruzione ermeneutica del concetto di «giustizia», può essere tracciata prendendo le mosse dalla classica opera di G. Del Vecchio, *La giustizia*, Studium, Roma, 1951, pp. 5 ss. nella quale viene ripercorsa in senso diacronico la storia evolutiva della «giustizia» sin dall'antichità: «Nelle fasi più antiche del pensiero, la giustizia sembra essere concepita soltanto nel senso generico di rispondenza ad alcunché di prestabilito; e tale concezione non scompare, ma sopravvive pur quando, in progresso di tempo, si viene delineando la più precisa e specificata nozione della giustizia come criterio di correlazione tra più soggetti. Le varie dottrine o concezioni in questa materia coesistono, spesso mal definite e in parte confuse, sì che non è sempre agevole la loro cernita rigorosa secondo un ordine sistematico. Nel mondo orientale, e specialmente in quello ebraico-cristiano, dove domina una concezione monoteistica ed etica dell'universo, il predicato della giustizia si attribuisce anzitutto alla stessa divinità, a "denotare l'infallibile proporzione e armonia intrinseca dei suoi voleri"..."»

Cfr., anche, prototipicamente, J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982 (ed. it. di ID., *a Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971) e, successivamente, J. Rawls, *Giustizia come equità*, Feltrinelli, Milano, 2002 (ed. it. di ID., *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge, Mass; London, England, 2001).

**(22)** L'aggettivo «deontologico» deriva dal sostantivo «deontologia», il cui etimo proviene dalla parola greca «*tò déon*» ("ciò che è obbligatorio"). In questa accezione, cfr. già, in letteratura, J. Bentham, *Deontology*, 1834.

In una prospettiva opposta a quella assunta nel testo (*id est*, di indole «giuspositivistica»), cfr. H. L. Hart, *Il Concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, 1991, 2002 pp. 185 (ed. it. di ID., *The Concept of Law*, Oxford University Press., London, 1961): «I termini usati più frequentemente dai giuristi per elogiare o condannare il diritto o l'amministrazione di questo sono le parole "giusto" e "ingiusto", e molto spesso essi scrivono come se i concetti di giustizia e di morale coincidessero. Vi sono davvero delle ragioni molto fondate per attribuire alla giustizia una posizione assai prominente nella critica delle istituzioni giuridiche: tuttavia è importante rendersi conto che essa è un settore a sé della morale, e che le norme giuridiche e l'amministrazione di queste possono essere approvate o disapprovate in modo diversi. Una assai breve riflessione su alcuni tipi comuni di giudizio morale è sufficiente per mostrare questo speciale carattere della giustizia.[...] Le caratteristiche differenziali della giustizia e la sua speciale connessione con il diritto cominciano a emergere se si osserva che la maggior parte delle critiche svolte in termini di giusto e ingiusto potrebbero venir rese quasi ugualmente bene dalle parole "equo" (*fair*) e "non equo" (*unfair*)...».

**(23)** Cfr. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., pp. 60 ss. : «La nascita di uno specifico approccio «costituzionalistico» (neocostituzionalismo) al diritto si sviluppa in diretta relazione alla attività delle Corti costituzionali. Esso si specifica, in Germania, in rapporto alla giurisprudenza per "valori" del *Bundesverfassungsgericht* e, negli Stati Uniti, a partire dall'attivismo giudiziale della Corte suprema guidata dal giudice Warren. I lineamenti generali di questo approccio sono stati precisati, in particolare, dall'analisi di R. Alexy e R. Dreier che, sulla base del dibattito tedesco, ne hanno messo in evidenza i punti principali alla luce del confronto critico con l'interpretazione della costituzione di derivazione positivista (legalismo). Questa contrapposizione nasce in rapporto alla interpretazione dei diritti fondamentali sviluppata dal *Bundesverfassungsgericht* che, in una serie di sentenze, li vede come parte di un ordinamento valutativo oggettivo (*objektive Wertordnung*) contenuto nel *Grundgesetz*. Questo ordinamento oggettivo viene considerato dalla Corte come impulso e direttiva per tutta l'attività giuridica che, perciò, è concepita come vincolata al rispetto e all'applicazione di questo nucleo di valori. Ciò comporta due ulteriori conseguenze rinvenibili nella giurisdizione della Corte: da un lato, il fatto che, in base a questa considerazione della costituzione, il diritto non si riduce a legge, ma fa riferimento all'ambito dei valori contenuti nei principi e nei diritti costituzionali; dall'altro lato, il dato per cui tutta l'attività di applicazione del diritto non può più essere considerata come di semplice sussunzione del caso alla norma: la decisione giurisprudenziale deve essere vista come attività che ha quale punto di riferimento i diritti e i principi contenuti nella costituzione e ciò comporta

una dinamica di ponderazione e bilanciamento rispetto ai casi».

**(24)** Nella prospettiva di quella che viene definita «*Verbindungsthese*» cioè la tesi della connessione tra diritto positivo e giustizia, cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau – München, 1992, trad. it., ID., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, pp.20 ss. (ma cfr. già R. ALEXY, *Zur Kritik des Rechtspositivismus*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», n. 37 pp. 11 ss.) : «La fondazione della tesi che afferma che esistono connessioni necessarie tra diritto e morale sia sul piano concettuale sia sul piano normativo deve avere luogo entro un quadro concettuale composto da cinque distinzioni. [...] La quarta distinzione si riferisce a due diverse forme di connessione tra diritto e morale. La prima si chiama “classificatoria”, la seconda “definitoria”...».

Ma, cfr., ancor prima, la nota formula di Radbruch (v. *infra* nel testo) che segna il limite, in una opzione di tipo «giusnaturalistico», di intollerabilità del tasso di iniquità all'interno di un ordinamento «positivo»; essa afferma la vigenza delle norme anche quando materialmente ingiuste e inadeguate «a meno che il contrasto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura tanto intollerabile che la legge in quanto “diritto iniquo”, debba essere piegata alla giustizia» (v., in tal senso, *amplius*, G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto* cit. pp. 73 ss.).

**(25)** In linea generale, la tesi della «separazione» tra diritto positivo e giustizia (*Trennungsthese*) è propria del positivismo giuridico; non è possibile in questa sede dar conto delle differenti (sostanzialmente da autore ad autore) forme di «positivismo giuridico». Cfr., comunque, in tal senso (in riferimento cioè all'interazione con la «morale») la *distinctio* tra *positivismo giuridico inclusivo ed esclusivo*.

**(26)** Cfr. H. Kelsen, *General theory of law and state*, Harvard University Press, 1945, trad. it. ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1951, pp. pp. 397 ss. : «In linea di principio, per lo meno, il positivismo si limita ad una teoria del diritto positivo ed alla sua interpretazione. Esso desidera di conseguenza mantenere la differenza, anzi il contrasto fra «giustizia» e «diritto», antitesi che si manifesta nella rigida separazione della filosofia del diritto dalla scienza del diritto».

**(27)** Cfr., da ultimo, E. Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2007 (ed. it. di E. Bulygin, *El positivismo jurídico*, 2006).

**(28)** Cfr. C. S. Nino, *Diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 9 ss. (ed. it. di C. S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, 1994).

**(29)** Cfr. l'uso che fa del termine «dogmatica giuridica» C. S. Nino in, *Diritto come morale applicata*, cit., p. 11. : «Questa si presenta come una modalità della scienza del diritto che - attraverso l'utilizzo di metodi come l'analisi e la combinazione di concetti, la formulazione di teorie relative alle istituzioni giudiziarie, l'esercizio della cosiddetta “induzione giuridica” - intende offrire, fondamentalmente ai giudici, soluzioni per quei casi nei quali il diritto non pare fornirne in forma tale che non implichi il ricorrere a considerazioni di valore»

**(30)** La coppia *Sein/Sollen* è di derivazione - sul terreno giuridico - propriamente «normativistico-kelseniana» e, ancor prima, sul piano puramente speculativo, di matrice «kantiana».

**(31)** «Il legalismo è una corrente critica della interpretazione della costituzione e dei diritti del *Bundesverfassungsgericht* che si sviluppa a partire dall'analisi di E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano 1973 e si concretizza, ad esempio, nelle considerazioni di E. W. Böckenförde, *Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, Beiheft 37, 1990» (così, G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., p. 60, nota n. 2).

**(32)** Cfr. M. Foucault, *L'archeologia del sapere*, Rizzoli, Milano, 1971 (ed. it. di M. Foucault *L'arçéologie du savoir*, Gallimard, Paris, 1969): «Con l'espressione *archeologia del sapere* Michel Foucault (1926-1984) designa il proprio modo di ricerca, sperimentato per la prima volta nella *Historie de la folie à l'âge classique* (1961), ulteriormente elaborato negli scritti degli anni Settanta, fino all'opera incompiuta sulla *Histoire de la sexualité* (1976-84). Come Foucault stesso spiega, l'archeologia del sapere è l'analisi della nascita e dello sviluppo del rapporto “al tempo stesso non visibile e non nascosto” fra formazioni discorsive e non-discorsive, fra saperi, non necessariamente codificati,

e comportamenti sociali, più o meno istituzionalizzati sul piano politico, giuridico ed economico. Essa permette di determinare il “luogo d'intersezione tra una teoria generale della produzione - o del potere, come Foucault dirà più tardi - e un'analisi generativa degli enunciati” (Foucault 1969, p. 234) », così c. härle in, [www.culturalstudies.it](http://www.culturalstudies.it).

**(33)** Sulla distinzione tra «regole» e «principi» e le loro diverse caratteristiche strutturali e di funzionamento cfr. G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., pp. 26 ss.

**(34)** Cfr. G. Radbruch già in *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (Süddeutsche Juristen-Zeitung, 5, 1946, pp. 105-108).

**(35)** Cfr. I. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 62, nota n. 65.